



Rama Judicial
República de Colombia

**JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ – TOLIMA**

CONSTANCIA SECRETARIAL

Ibagué, 22 de marzo de 2023

En cumplimiento a lo dispuesto en Auto que admitió tutela la H. Magistrada Dra. Rocío Araujo Oñate de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado adiado el catorce (14) de marzo de dos mil veintitrés (2023), procede la suscrita a publicar en la página web del Juzgado copia digital de la acción de tutela, de los anexos que la acompañan y de la providencia, con el fin de que cualquier persona que tenga interés conozca de los referidos documentos y pueda intervenir en el trámite constitucional de la referencia.

*ACCIONANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS
ACCIONADO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA Y OTRO
RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2023-01165-00
ACCIONES DE TUTELA
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
CONSEJO DE ESTADO*

JUANITA RINCÓN ROA
Secretaria



Demandantes: Nolberto Fernández Moreno y otros
Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima y otros
Radicado: 11001-03-15-000-2023-01165-00

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

MAGISTRADA PONENTE: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., catorce (14) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación: 11001-03-15-000-2023-01165-00
Demandantes: NOLBERTO FERNÁNDEZ MORENO Y OTROS
Demandados: JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ Y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

Tema: Tutela contra providencia judicial.

AUTO ADMISORIO

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud de amparo

1. Con escrito recibido en el despacho ponente el 7 de marzo de 2023¹, los señores Nolberto Fernández Moreno en nombre propio y en representación de su hija Tania Sofía Fernández Ortiz; Tania Lorena Ortiz Mendoza, Yenni Cristina Fernández Ortiz, Carlos Andrés Fernández Ortiz, Leidy Alexandra Fernández Ortiz, Nelson Iván Fernández Ortiz; Arlex Norberto Fernández Ortiz, Mónica Alejandra Fernández Ortiz, Félix Roberto Fernández Herrera y Rosalba Moreno de Fernández, actuando en nombre propio, presentaron acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Tolima y del Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, con el fin de que sean amparados sus derechos fundamentales *“a la igualdad, al debido proceso y el de garantías judiciales”*.

2. La parte accionante consideró vulneradas dichas garantías constitucionales, con ocasión de la providencia del 1° de septiembre de 2022, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual confirmó el fallo del 29 de junio de 2021 del Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, que negó las pretensiones de la demanda. Lo anterior, en el marco del proceso de reparación directa con radicado N.º 73001-33-33-008-2018-00243-01, instaurado contra la Nación – Rama- Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y la Fiscalía General de la Nación.

¹ La tutela fue presentada el 6 de marzo 2023 por correo electrónico.



3. La parte actora solicitó el amparo de sus garantías fundamentales y, en consecuencia, reclamó lo siguiente:

“(…)

Segundo. - Declarar nula, sin valor ni efecto, las decisiones del juzgado octavo administrativo del circuito judicial de Ibagué y el Tribunal Administrativo del Tolima dentro del medio de reparación directa promovida por Nolberto Fernández Moreno y otros.

Tercero. – Ordenar que en un término prudencial contado a partir de la notificación del fallo de tutela se profiera una nueva sentencia con base en los lineamientos que para el efecto se realice”.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

4. El Consejo de Estado es competente para conocer de la demanda presentada por el señor Fernández Moreno y otros, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 86 de la Constitución Política, 37 del Decreto Ley 2591 de 1991 y el numeral 5° del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1° del Decreto 333 de 2021. Lo anterior, por cuanto la acción de tutela se dirige contra el Tribunal Administrativo del Tolima, por tanto, debe aplicarse el numeral 5° de la referida norma.

5. Igualmente, este despacho como integrante de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, es competente para pronunciarse sobre la admisión de la demanda de tutela, en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 del Código General del Proceso, aplicable al trámite del vocativo de la referencia por la remisión establecida en el artículo 2.2.3.1.1.3. del Decreto 1069 de 2015.

2.2. Admisión de la demanda

6. Por reunir los requisitos exigidos por el artículo 14 del Decreto Ley 2591 de 1991 y de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por los Decretos 1983 de 2017 y 333 de 2021, se dispone:

PRIMERO: ADMITIR la demanda incoada por los señores Nolberto Fernández Moreno en nombre propio y en representación de su hija Tania Sofía Fernández Ortiz; Tania Lorena Ortiz Mendoza, Yenni Cristina Fernández Ortiz, Carlos Andrés Fernández Ortiz, Leidy Alexandra Fernández Ortiz, Nelson Iván Fernández Ortiz; Arlex Norberto Fernández Ortiz, Mónica Alejandra Fernández Ortiz, Félix Roberto Fernández Herrera y Rosalba Moreno de Fernández Gloria Ariza de Vargas, en ejercicio de la acción de tutela.



SEGUNDO: NOTIFICAR la existencia de la presente acción a los magistrados del Tribunal Administrativo del Tolima como autoridad judicial accionada, para que en el término de tres (3) días, contados a partir de notificación de esta providencia se refieran a sus fundamentos, alleguen las pruebas y rindan los informes que consideren pertinentes.

TERCERO: VINCULAR en calidad de terceros con interés al Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, a la Nación - Rama - Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y la Fiscalía General de la Nación, para que en el término de tres (3) días, contados a partir de notificación de esta providencia se refieran a sus fundamentos, alleguen las pruebas y rindan los informes que consideren pertinentes, lo anterior por haber intervenido, respectivamente, en calidad de juez y de parte demandada en el proceso de reparación directa N.º 73001-33-33-008-2018-00243-01.

CUARTO: REQUERIR al Tribunal Administrativo del Tolima y al Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, para que alleguen copia íntegra digital del proceso de reparación directa con radicado N.º 73001-33-33-008-2018-00243-01, dentro del término de dos (2) días, contados a partir de la fecha de notificación del presente auto.

ADVERTIR que, de no cumplirse con el requerimiento, se utilizarán por este despacho las potestades correccionales, que le confiere el artículo 44 de la Ley 1564 de 2012.

CUARTO: REQUERIR al Tribunal Administrativo del Tolima y al Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, para que publiquen en sus respectivas páginas *web* copia digital de la demanda de tutela, de los anexos que la acompañan y de esta providencia, con el fin de que cualquier persona que tenga interés conozca de los referidos documentos y pueda intervenir en el trámite constitucional de la referencia.

QUINTO: TENER como pruebas, con el valor legal que les corresponda, los documentos relacionados y allegados con la demanda.

SEXTO: NOTIFICAR a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en los términos y para los efectos previstos en el artículo 610 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

Honorables Magistrados.

CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Reparto

Ref.: ACCIÓN DE TUTELA contra el JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ - TOLIMA y el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA con ocasión de las sentencias proferidas en primera y segunda instancia por estas corporaciones, primera instancia: proceso con número de Rad. 73001-33-33-008-2018-00243-00 de fecha 29 de junio de 2021 y en segunda instancia con número de Rad. 73001-33-33-008-2018-00243-01 de fecha 1 de septiembre del 2022. La presente acción de tutela se da en el marco del proceso de Reparación Directa adelantado por NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS contra la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

NOLBERTO FERNANDEZ MORENO y en representación de mi hija menor TANIA SOFIA FERNANDEZ ORTIZ, TANIA LORENA ORTIZ MENDOZA, YENNI CRISTINA FERNANDEZ ORTIZ, CARLOS ANDRES FERNANDEZ ORTIZ, LEIDY ALEXANDRA FERNANDEZ ORTIZ, NELSON IVAN FERNANDEZ ORTIZ, ARLEX NORBERTO FERNANDEZ ORTIZ, MONICA ALEJANDRA FERNANDEZ ORTIZ, , FELIX ROBERTO FERNANDEZ HERRERA Y ROSALBA MORENO DE FERNANDEZ, mayores de edad, por medio del presente escrito interponemos la acción Constitucional de TUTELA consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentada por el decreto 2591 de 1991 en contra del *JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ - TOLIMA y el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA*, por las providencias proferidas el 29 de junio de 2021 y el 1 de septiembre del 2022, esta última notificada por correo el 7 de septiembre de 2022.

Las sentencias mencionadas anteriormente incurrieron en vías de hecho por violación de precedente del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional sobre los elementos que debe tener en cuenta el juez de la responsabilidad al resolver los casos en los que los ciudadanos solicitan los perjuicios por la privación injusta de la libertad, afectando gravemente los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y el de garantías judiciales. En consecuencia, solicitamos se acceda a las siguientes pretensiones protectoras de los derechos fundamentales vulnerados.

I. PRETENSIONES

Primero.- Tutelar el derecho fundamental al debido proceso, igualdad, y garantías judiciales consagrados en la Constitución, vulnerados a los tutelantes con las decisiones del Juzgado octavo administrativo del circuito de Ibagué y el Tribunal Administrativo del Tolima.

Segundo. - : Declarar nula, sin valor ni efecto, las decisiones del del Juzgado octavo administrativo del circuito de Ibagué y el Tribunal Administrativo del Tolima dentro del medio de reparación directa promovida por Nolberto Fernández Moreno y Otros.

Tercero. - Ordenar que en un término prudencial contado a partir de la notificación del fallo de tutelase profiera una nueva sentencia con base en los lineamientos que para el efecto se realice.

II. HECHOS

PRIMERO: El Señor Nolberto Fernández Moreno y otros habitantes de Chaparral del departamento del Tolima, fueron señalados injustamente como miembros de las FARC, estas acusaciones únicamente se basaron en un informe militar del Ejército Nacional, ya que la Fiscalía no realizó la investigación correspondiente, previa a iniciar el proceso penal contra los Campesinos relacionados en el informe militar.

SEGUNDO: Las acusaciones únicamente se basaron en un informe militar presentado por el Ejército Nacional, ya que la Fiscalía no realizó la investigación correspondiente antes de iniciar el proceso penal contra los Campesinos de Chaparral.

TERCERO: En ese entendido el Señor Nolberto Fernández Moreno, fue privado injustamente de su libertad, acusado del delito de rebelión, desde el mes de julio de 2009 hasta el mes de noviembre de 2009 en detención domiciliaria.

CUARTO: Posteriormente el señor Nolberto Fernández Moreno tuvo que soportar una libertad provisional (privación jurídica) por de 6 años y 8 meses a consecuencia de la solicitud de la Fiscalía.

QUINTO: al señor Nolberto y a los acusados se les sometió a una medida de aseguramiento, privativa de la libertad por un periodo de 4 meses y adicionalmente estos fueron socavados a un proceso penal de seis años y ocho meses.

SEXTO: El 16 de julio de 2016 en audiencia de juicio oral, el Juez Segundo Penal del Circuito de Ibagué en función de conocimiento, profirió sentencia absolutoria, la cual cobro ejecutoria el mismo día, por la no interposición de recursos, por parte de la Fiscalía.

SEPTIMO: En la audiencia de juicio oral, la fiscalía solicitó la absolución de los acusados, aceptando que los acusados NO desplegaron conductas típicas que se adecuaban al delito de rebelión y por ende, carecer de elementos materiales probatorios que sustentaran la existencia del ilícito, misma conclusión a la que hubiera llegado el ente acusador, si desde que recibió la noticia criminal, hubiera realizado la investigación en debida forma, pues basaron todo el proceso penal en informe No. MD-CGFFMM-CE-DIV5-BR6-B2 del TC. Pedro Javier Rojas Guevara – Oficial de Inteligencia del Ejército de la sexta brigada, informe que no constituye labor investigativa de policía criminal.

En la sentencia penal absolutoria se afirma lo siguiente: *"... es que en caso estamos rayando con la inexistencia de conducta naturalísimamente entendida, en la medida que el único testigo de cargo no da fe ni siquiera a qué actividad productiva, social o profesional se*

dedicaban los encartados... (...) Realmente se observa orfandad probatoria en este proceso, y más de cargo; ya que recuérdese, la fiscalía es quien tiene el peso de la carga de la prueba incriminatoria, máxime si se tiene en cuenta que solamente se cuentan con informes de batalla de la autoridad militar, los cuales ni siquiera constituyen labores investigativas de policía judicial, ya que recuérdese, las fuerzas militares no tiene funciones de policía judicial. Mírese que han transcurrido 7 años desde la ocurrencia de los hechos, y ni siquiera contamos en la actuación con una entrevista que nos indicara, por lo menos sumariamente, que los aquí procesados eran miembros, para la época de los hechos de las FARC-EP, por lo cual se les absolverá de los cargos por los cuales lo convocó la fiscalía”.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA FALLOS JUDICIALES

Como fundamento a mis pretensiones invoco: los artículos. 4, 8, 13, 29, 86, 90 y 93 de la Constitución Política de 1991; el decreto 2591 de 1991; principio a la reparación; el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; la jurisprudencia vigente del Honorable Consejo de Estado y Corte Constitucional como lo son las sentencias: Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas y del Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 15 de agosto de 2018, radicado 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46947), y la sentencia Sección Tercera, Consejero Ponente José Roberto Sábica Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, que reemplazo la sentencia antes anunciada, en cumplimiento de la sentencia de tutela (radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01). Sentencia C-590 de 2005 Corte Constitucional sobre requisitos de procedencia

III. CASO CONCRETO

En el presente caso existe violación del precedente del Consejo de Estado y la Corte constitucional y violación directa de la Constitución, haciendo procedente la acción de tutela. Y como punto adicional la sentencia debe ser revocada porque desconoció el régimen objetivo de responsabilidad para estos casos de privación injusta de la libertad cuando la conducta es atípica e inexistente.

1. De la Violación del precedente sobre el régimen de responsabilidad aplicable a asuntos de privación injusta:

Entendido como aquella regla de derecho creada por una alta corte y órgano de cierre de la jurisdicción correspondiente para solucionar un determinado conflicto.

El Consejo de Estado ha sostenido a lo largo de su historia distintos criterios para decidir los asuntos puestos a su conocimiento y que tratan sobre privaciones injustas, sin embargo, mediante las sentencias; Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 15 de agosto de 2018, radicado 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46947), y la sentencia Sección Tercera, Consejero Ponente José Roberto SÁCHICA Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, que reemplazo la sentencia antes anunciada, en cumplimiento de la sentencia de tutela (radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01), en armonía con la sentencia de la Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

Conforme a lo anterior, las líneas jurisprudenciales actuales tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, permiten concluir que el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que luego termina con decisión de absolución, prescripción, o cualquier otro evento librándolo de la responsabilidad penal, no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta, es decir, para ello, deberá analizarse la metodología determinada por el Consejo de Estado para concluir la razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida impuesta, y en tal caso, sí constituye un daño antijurídico imputable a la administración, toda vez que “ a pesar de la existencia de un daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico y, en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo.”, **a menos que se trate de casos en que el hecho no existió o la conducta es atípica, por operar allí la responsabilidad objetiva.**

En el presente caso la antijuridicidad está configurada, toda vez que de la sentencia penal puede concluirse que el hecho no existió y **la conducta era objetivamente atípica**, en los que incluso se ha avalado el título de imputación de responsabilidad objetiva; y en los demás supuestos, relacionados con la absolución porque iii) no cometió el delito, iv) se dio aplicación del principio in dubio pro reo, y v) otros eventos de liberan la responsabilidad penal, la antijuridicidad queda supeditada al análisis de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, pues no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en estos eventos, sino que es imprescindible, determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Conforme a lo anterior este caso da lugar a la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad; así las cosas, se evidencia que el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué, el 16 de julio de 2016, emitió sentencia absolutoria a favor Nolberto Fernandez Moreno y otros y se concluyó, lo siguiente: “(...) *No obstante lo dicho, vemos que la petición de la fiscalía, coadyuvada por la defensa en bloque, si encuentra eco, ya que realmente ni siquiera se pudo demostrar por parte de la fiscalía que los procesados desplegaron conductas típicas, que se adecuaran claramente al delito de Rebelión.*

Por tanto, las sentencias objeto de tutela no debieron realizar el estudio de la razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida impuesta, pues la conducta era atípica por tanto y el hecho inexistente, medida que tampoco se ajustaba a este parámetro, pues como lo indica en la sentencia penal "se **observa orfandad probatoria en este proceso, y más de cargo, ya que recuérdese, la fiscalía es quien tiene el peso de la carga de la prueba incriminatoria, máxime si se tiene en cuenta que solamente se cuentan con informes de batalla de la autoridad militar, los cuales ni siquiera constituyen labores investigativas de policía judicial, ya que recuérdese, las fuerzas militares no tienen funciones de policía judicial. Y es más, en esta actuación, ni siquiera se ha hablado por parte de la fiscalía de entrevistas, he de ahí uno de los motivos por los cuales se rechazó su pretensión de prueba de referencia, sino de simples informe de batalla emanados de la Sexta Brigada del Ejército, concretamente del Batallón Caicedo de Chaparral (Tol), por lo que realmente razón le asiste a todos los intervinientes en cuanto no se da cuenta en este proceso de una conducta típica desplegada por los acusados.(...)**"(negrilla fuera de texto). El daño alegado se encuentra debidamente demostrado y de esta manera no tenía el deber jurídico de soportarlo.

2. Violación directa de la Constitución:

El legislador reconoció como derechos fundamentales el derecho a la igualdad y el derecho al debido proceso,

En la legislación Colombiana por su parte, el derecho a la igualdad tiene consagración Constitucional como; principio, valor y derecho fundamental y la Honorable Corte Constitucional en providencia de 1995 la definió como un "*fundamento insustituibles del ordenamiento jurídico que se deriva de la dignidad humana*", que aparece al reconocer a todos los seres humanos como iguales en su esencia, independientemente de sus diferencias físicas, raciales o de cualquier otro tipo y que por ello merecen el mismo trato y oportunidades. La sentencia C 104 de 1993 de la Corte Constitucional "*La igualdad en la aplicación de la ley impone pues que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales*". Derecho que le fue vulnerado a los aquí demandantes, pues este derecho incluye la posibilidad de acceder en las mismas de oportunidades y obtener el mismo resultado si se tiene la misma situación fáctica, hecho que no se dio en el caso que ahora nos ocupa, pues como se estableció con anterioridad, al resolver el caso del señor Peña, no se aplicó la jurisprudencia vigente.

3. Fallos del mismo Tribunal acclonado y sobre los mismos hechos:

Una de las salas de Tribunal Administrativo del Tolima, al estudiar los mismos casos de privación injusta de la libertad de esta demanda, pues se tratan de los mismos hechos y circunstancias de tiempo, modo y lugar, ha aplicado con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado y Corte Constitucional señalada en la presente tutela, la responsabilidad extracontractual del Estado, toda vez que la conducta es atípica y por ende la conducta inexistente. (fallos los cuales se anexan a la presente acción de tutela).

IV. DEL REQUISITO DE INMEDIATEZ

El principio de inmediatez instruye que la acción de tutela debe interponerse dentro de un término razonable y proporcional el cual debe ser ponderado por el juez en cada caso, respecto del momento de la amenaza o de la vulneración de los derechos fundamentales. En vista que la providencia atacada con la presente tutela por vulnerar derechos fundamentales fue notificada el 7 de septiembre de 2022, y la presente acción se presenta antes de que acaeciera el término establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, se cumple el principio de inmediatez haciendo procedente su estudio de fondo.

V. INEXISTENCIA DE OTROS MECANISMOS DE DEFENSA JUDICIAL

La acción de tutela es el mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales invocados, especialmente porque no existe ningún otro mecanismo de defensa judicial, porque se trata de una sentencia de segunda instancia contra la cual no procede por ley el recurso de apelación, ni el extraordinario de casación, ni hay causal para interponer el extraordinario de revisión.

Por las anteriores razones, de conformidad con los precedentes jurisprudenciales anotados, reitero de la manera más respetuosa, las peticiones y pretensiones invocadas en la presente acción de tutela.

VI. COMPETENCIA

De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución, el Decreto 2591 de 1991 y el artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, el H. Consejo de Estado es competente para conocer y tramitar la presente acción de tutela.

VII. JURAMENTO

Manifestamos bajo la gravedad del juramento, que se entiende prestado con la presentación de la presente demanda, que no ha sido formulada otra acción de tutela, por los mismos hechos y derechos ante ningún otro Juez de la República.

VIII. PRUEBAS Y ANEXOS

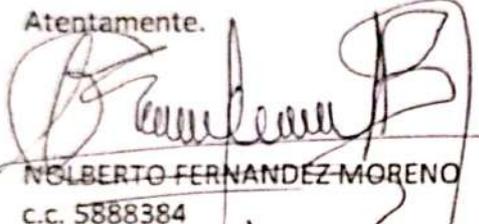
1. Copia de los fallos de primera y segunda instancia.
2. Copia 3 sentencias sobre los mismos hechos del Tribunal Administrativo del Tolima.

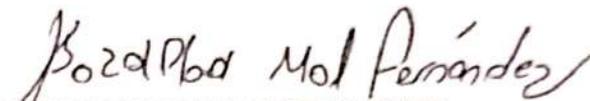
3. Constancia notificación sentencia segunda instancia.

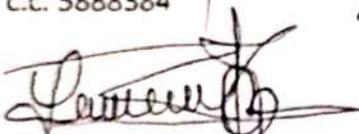
IX. NOTIFICACIONES

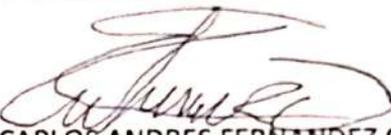
Para efectos de la presente acción constitucional recibiremos notificaciones a través del correo electrónico: raulmol28@hotmail.com

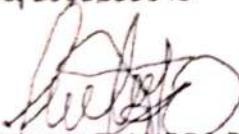
Atentamente.

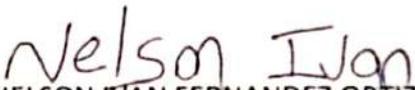

 NOLBERTO FERNANDEZ MORENO
 c.c. 5888384

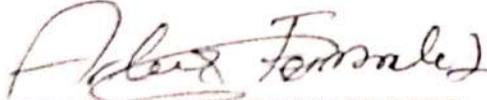

 ROSALBA MORENO DE FERNANDEZ
 c.c. 28678872


 YEMINI CRISTINA FERNANDEZ ORTIZ
 c.c. 1005853045


 CARLOS ANDRÉS FERNANDEZ ORTIZ
 c.c. 1106776482

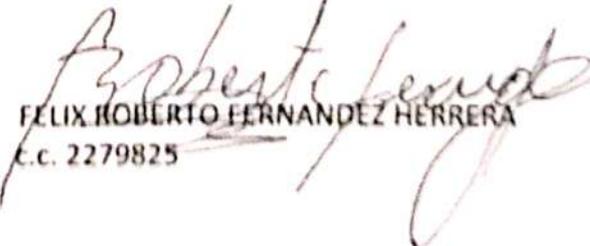

 LEIDY ALEXANDRA FERNANDEZ ORTIZ
 c.c. 1007289193


 NELSON IVAN FERNANDEZ ORTIZ,
 c.c. 1005850868


 ARLEX NORBERTO FERNANDEZ ORTIZ
 c.c. 1005850869


 MONICA ALEJANDRA FERNANDEZ ORTIZ,
 c.c. 1106770410


 TANIA LORENA ORTIZ MENDOZA
 c.c. 28688514


 FELIX ROBERTO FERNANDEZ HERRERA
 c.c. 2279825



| | |
|--------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|
| TEMA: | <i>Privación injusta de la libertad Ley 906/04 Sentencia absolutoria.</i> |
| RADICACIÓN: | 73001-33-33-008-2018-00243-00 |
| DEMANDANTE: | NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS |
| DEMANDADO: | RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN |
| MEDIO DE CONTROL: | REPARACIÓN DIRECTA |
| Asunto: | <i>Sentencia primera instancia</i> |

Ibagué, veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno (2021)

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede el Despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda, dentro del proceso de reparación directa de la referencia, iniciado por los señores NOLBERTO FERNANDEZ MORENO, TANIA LORENA ORTIZ MENDOZA, YENNI CRISTINA FERNANDEZ ORTIZ, CARLOS ANDRES FERNANDEZ ORTIZ, LEIDY ALEXANDRA FERNANDEZ ORTIZ, NELSON IVAN FERNANDEZ ORTIZ, ARLEX NORBERTO FERNANDEZ ORTIZ, MONICA ALEJANDRA FERNANDEZ ORTIZ, TANIA SOFIA FERNANDEZ ORTIZ, FELIZ ROBERTO FERNANDEZ HERRERA Y ROSALBA MORENO DE FERNANDEZ contra de la NACIÓN - RAMA JUDICIAL - y FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES (fls. 50-52):

- 1.1.1.** Que la FISCALIA GENERAL DE LA NACION y la RAMA JUDICIAL son administrativamente responsables por los perjuicios del orden material, moral y daño a los bienes constitucionales y legales causados a los demandantes como consecuencia de la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO lo cual no tenía por qué soportar.
- 1.1.2.** Condenar en consecuencia a las demandadas a pagar a los demandantes o a quien represente legalmente sus derechos, a título de reparación o indemnización, los siguientes perjuicios del orden material y moral y daño a los bienes constitucionales y leales, los cuales se estiman al momento de la presentación de la demanda en las siguientes sumas.
 - a)** Perjuicio material – lucro cesante para el señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO \$6.459.700 correspondiente al tiempo que estuvo privado de la libertad más 9 meses que la jurisprudencia ha señalado que una persona tarda en conseguir empleo.
 - b)** Perjuicios morales: La suma de 50 S.M.M.L.V. para cada uno de los demandantes.
 - c)** Perjuicio moral por privación jurídica de la libertad: 25 S.M.L.M.V. a cada uno de los demandantes.
 - d)** Daño a bienes constitucionales y leales. Solicita que se impongan medidas de reparación integral no pecuniarias a favor de la víctima directa y su núcleo familiar.

- 1.1.3. Que la condena respectiva será reajustada en la forma prevista en el artículo 187 del CPACA y de conformidad al IPC desde la fecha del hecho hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.
- 1.1.4. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

2. RAZONES DE LA DEFENSA

2.1. RAMA JUDICIAL. (FIs. 88-95)

La apoderada de la entidad procedió en su escrito de contestación a relacionar apartes de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, resaltando la del 10 de agosto de 2015 C.P. Jaime Orlando Santofimio, en la que se varía la aplicación de un título objetivo advirtiendo que se debe realizar un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determinar si los argumentos que sustentan la exoneración penal, como podría ser la aplicación del principio *in dubio pro reo*, esconde deficiencias en la actividad investigativa, de valoración o de recaudo probatorio.

Frente al caso particular señala que la sentencia proferida a favor del señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO dentro del asunto por parte del Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué, fue absolutoria por duda, por lo que no se presenta la causal de responsabilidad contenida en el artículo 414 del decreto 2700 de 1992 y agrega que no existió vulneración del derecho al debido proceso. Finalmente, indica que el Juez de conocimiento actuó dentro del principio de legalidad atendiendo a las funciones que le fueron asignadas en la ley 906 de 2004

Propuso como excepciones (i) Inexistencia de perjuicios, (ii) ausencia de nexo causal y la (iii) Falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.2. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (FIs 109-125)

Se opuso a las pretensiones de la demanda, afirmando que la FGN actuó en cumplimiento de un deber legal conforme el artículo 250 de la Constitución política. Agregó que de conformidad con la ley 906 de 2004, la titularidad de la acción penal está en cabeza de la entidad que representa por lo que pensar que si en un proceso penal cada vez que se absuelve al procesado por razón del principio *in dubio pro reo* se compromete la responsabilidad del Estado, sería atar a la justicia y menoscabar su autonomía y sus poderes de instrucción y de recaudar y valorar las pruebas para el cabal esclarecimiento de los hechos punibles.

Propuso como excepciones (i) Falta de legitimación por pasiva, (ii) Ausencia del daño antijurídico e imputabilidad del mismo a la Fiscalía General de la Nación e (iii) Inexistencia del nexo de causalidad

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. PARTE DEMANDANTE

El apoderado de la parte demandante solicita se acceda a las pretensiones de la demanda al estar demostrados los elementos constitutivos sobre los cuales se estructura la responsabilidad patrimonial y extracontractual de estado, por cuanto el señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO fue absuelto por petición de la propia FGN.

Refirió las sentencias de unificación del 15 de agosto de 2018 y a la sentencia de Tutela del 15 de noviembre de 2019 para concluir que el Consejo de Estado advierte sobre la procedencia de

reparar la víctima de la privación injusta de la libertad tanto para los que son absueltos con pleno convencimiento por parte del juez penal de su inocencia -caso del señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO-, como de quienes son absueltos en aplicación del *in dubio pro reo*. De igual forma trajo a colación jurisprudencia en donde se indica que no cualquier prueba es un indicio grave de participación o autoría de un delito de conformidad con la ley 600 de 2000 CPP aplicable en el caso pertinente a la sentencia reproducida en apartes.

Asevera apoyado en lo anterior, que en el caso particular la medida de aseguramiento privativa de la libertad basada únicamente en declaraciones de reinsertados de las Farc, que no fueron corroboradas por la Fiscalía origina que los daños antijurídicos le sean imputables tanto a la Fiscalía como al Juez Penal que impuso de aseguramiento por no verificar la existencia real de indicios graves. Reiteró las solicitudes de los perjuicios morales y perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

3.2. RAMA JUDICIAL

Solicita se despachen en forma desfavorable las pretensiones de la demanda advirtiendo que la actuación de la rama judicial se realizó en cumplimiento del deber legal de conformidad con los parámetros de la ley 906 de 2004, toda vez que al señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO en la audiencia preliminar de legalización de captura, formulación e imputación de cargos e imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, impuesta por el Juez Segundo Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Chaparral – Tolima, a solicitud de la Fiscalía 28 Sección Chaparral, no fue arbitraria ni marginada de la ley. Citó la sentencia SU-072 de 2018 para reiterar que solo se puede condenar al estado por privación injusta de la libertad cuando se pruebe que la decisión que tomó el operador judicial fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria.

3.3. FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN

Señaló la apoderada en su escrito de alegaciones que se ratifica en todos y cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho esgrimidos en la contestación de la demanda, así como como en las excepciones propuestas, reiterando la solicitud de absolución de todo cargo a la entidad que representa.

Precisó que la investigación que llevó a cabo la Fiscalía, se surtió de conformidad con la ley 906 de 2004 y se concluye de las documentales que la detención preventiva del señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO se realizó con fundamento en los materiales probatorios y evidencia física recopilada, siendo acogida la solicitud por el juzgador, en virtud de lo cual el demandante quedó privado de su libertad en su domicilio. Que el señor FERNANDEZ MORENO se vio involucrado en la investigación penal por el delito de rebelión, y la entidad que representa actuó de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales a que está sujeta, configurándose la falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que a su representada no impuso la medida de aseguramiento, siendo solo la solicitud de la misma la que elevó la entidad ante el Juez de Control de Garantías quien es en últimas quien decide e impone la misma.

Sostiene finalmente que la privación de la libertad impuesta al señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO no fue resultado de una actuación injustificada, errónea, ilegal o caprichosa de la administración, no se presentaron yerros, deficiencias, negligencias, arbitrariedades, omisiones o errores por parte de la Fiscalía General de la Nación, insistiendo que la actuación de su representada se realizó en el marco legal sin que se configure un daño antijurídico que deba ser reparado, no obstante indica que los perjuicios morales deben ser tasados por el juez administrativo y respecto al lucro cesante señala que de los 8.75 meses que indica el SENA demora una persona en conseguir empleo, debe ser objeto de prueba en cada caso concreto.

3.4. MINISTERIO PÚBLICO

No conceptuó

II. CONTROL DE LEGALIDAD

Cumplidos los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia y, dado que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del CPACA, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció un control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna por las partes u observarse por el Despacho vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso e impidan proferir sentencia de fondo, se procede a proferir la sentencia de primera instancia que en derecho corresponda.

III- CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico fundamental a resolver, se contrae en determinar si **existe causal de imputación de responsabilidad patrimonial en cabeza de las co demandadas Nación - Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación por los daños sufridos por los demandantes con ocasión de la presunta privación injusta de la libertad de que fuera objeto el señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO en razón al proceso penal 731686000451200900182 adelantado en su contra por el punible de rebelión y que finalizó con sentencia absolutoria de primera instancia.**

3.2. MARCO NORMATIVO DEL PROBLEMA JURÍDICO

| |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none"> • Constitución Política: artículo 90, 209, 250 |
| <ul style="list-style-type: none"> • Ley 270 de 1996 |
| <ul style="list-style-type: none"> • Ley 906 de 2004 |
| <ul style="list-style-type: none"> • CORTE CONSTITUCIONAL – SALA PLENA, sentencia SU072/18 del cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018). M.P. JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS Exp. -6.304.188 y T-6.390.556 <u>unificación privación de la libertad-</u> |
| <ul style="list-style-type: none"> • CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, sentencia de unificación del quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235 01(46947) – Tema: <u>Modificación jurisprudencia en relación con el régimen de responsabilidad o el título jurídico de imputación aplicable a los casos en los cuales se reclama la reparación de daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca dicha medida.</u> |
| <ul style="list-style-type: none"> • CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B – Sentencia del 15 de noviembre de 2019. Rad. 11001-03-15-000-2019-C.P. MARTIN BERMUDEZ MUÑOZ. Tema: <u>La culpa de la víctima como 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.</u> |

3.3. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

3.3.1. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADO DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

3.3.1.1. PRECEDENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

En la sentencia de unificación SU-072¹, proferida por la Honorable Corte Constitucional, la Sala Plena concluyó, entre otras cosas, que los preceptos constitucionales y legales contenidos en los artículos 90 de la Constitución Política²; 68 de la Ley 270 de 1996 y la sentencia C-037 de 1996, con ocasión del daño antijurídico causado por la privación de la libertad, no ostentan un régimen de imputación específico, automático, ni riguroso; como quiera que ello contraviene el querer del legislador, incluso del constituyente primario³, *contrario sensu*, concluye en aplicación del principio *iura novit curia* es deber del juez de conocimiento, establecer el régimen de imputación en atención a cada caso en concreto.

Así señaló que “**determinar, como fórmula rigurosa e inmutable**, que cuando sobrevenga la absolució*n por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia –aplicación del principio in dubio pro reo-*, el Estado deba ser condenado de manera automática, a partir de un título de imputación objetivo, sin que medie un análisis previo del juez que determine si la decisión que restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, **transgrede el precedente constitucional fijado**”⁴. Siendo, en consecuencia, deber y/u obligación del juez administrativo, con independencia del régimen de responsabilidad estatal, valorar la eventual participación y conducta de la víctima como causa efectiva del daño, a título de dolo o culpa, pues la misma ostenta la potencialidad de generar una decisión favorable al Estado. No obstante, finaliza advirtiendo que lo señalado no se opone a que otros supuestos o eventos queden comprendidos por un título de imputación de esa naturaleza, tal y como podría ocurrir, en principio, con aquellos casos en los cuales el comportamiento no existió o la conducta es considerada atípica.

Con todo, concluye que la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad no se define a partir del título de imputación único y excluyente (objetivo y subjetivo), dado que este obedece a las particularidades de cada caso.

3.3.1.2. PRECEDENTE DEL CONSEJO DE ESTADO.

Siguiendo en esa misma línea de pensamiento y acudiendo al análisis histórico del precedente jurisprudencial que tanto el Órgano de Cierre Contencioso y Constitucional –*ya visto-* han desarrollado frente a los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad, el Honorable Consejo de Estado, en sentencia proferida el día 15 de agosto de 2018⁵ dispuso además, de rectificar y unificar su posición en relación con aquellos casos en el que el juez penal o el órgano investigador levanta la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello; cuando el hecho no existió, la conducta investigada no constituyó un hecho punible o el sindicado no lo cometió, o se produjo la desvinculación en aplicación del *principio in dubio pro reo*; la obligación de efectuar el respectivo análisis de responsabilidad patrimonial del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, es decir, **identificando la antijuridicidad del daño**. Lo anterior, teniendo en cuenta que “*no basta con demostrar que no hubo condena en el proceso penal, sino que*

¹ De fecha 5 de julio de 2018.

² cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado

³ Con ocasión de las normas en cita y en especial del artículo 90 de la C.P.

⁴ negrilla por fuera de texto

⁵ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN TERCERA-SALA PLENA-C. P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA- quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018)- expediente 66001-23-31-000-2010-00235 01(46947)

es necesario ir más allá, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, para determinar, entre otras cosas, si el daño padecido con la privación de la libertad fue o es antijurídico o no.”

Continuando con dicha premisa, advirtió la Corporación en cita, a la luz de aquel daño “*debido a la culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo*”, preceptuado en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, la **imprescindibilidad** para el juez de verificar incluso de oficio, la conducta del encartado penal bajo la óptica civil de los títulos de culpa grave o dolo, a fin de determinar si aquella –*la conducta*- tuvo incidencia en grado alguno en la producción del daño, toda vez que de configurarse o coexistir la misma, procederá la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto dicha conducta fue determinante para el daño causado. Finalmente, y de no encontrarse configurado la culpa grave o el dolo, se deberá abordar el análisis de responsabilidad patrimonial bajo el título de imputación pertinente al caso concreto y establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.

3.3.1.3. SENTENCIA DE TUTELA, CONSEJO DE ESTADO. 15 de noviembre de 2019

Por medio de este pronunciamiento la sección tercera de este máximo tribunal contencioso dejó sin efectos la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, al indicar que al estudiar la culpa de la víctima como exoneración de la responsabilidad del Estado por la privación preventiva de la libertad, el Juez contencioso lo debe hacer no desde la actuación preprocesal que haya adelantado el inculpado en la actuación penal, sino en aquella actuación de la víctima de la privación debe ser posterior a los hechos y vinculada fundamentalmente a la marcha del proceso penal, para que así se considere como la real causa de la detención preventiva y sea hallado el estado libre de responsabilidad administrativa a título de falla en el servicio.

Y es que la anterior postura la sustenta en los principios constitucionales del debido proceso y la presunción de inocencia, máximas que no pueden ser desconocidas por el Juez Administrativo por lo que se le exige un esfuerzo de imparcialidad con el fin de que no se desconozca el principio de cosa juzgada y se declare culpable a quien la jurisdicción penal declaró inocente. Se transcriben por su importancia las siguientes consideraciones del alto tribunal como juez de tutela:

26.- Sin necesidad de examinar los elementos específicos de la culpa como causal de exoneración de responsabilidad por privación de la libertad⁶ resulta claro que la detención de la accionante como consecuencia de una conducta que no estaba calificada como delito en la ley cuando ocurrieron los hechos, tiene como causa exclusiva la apreciación equivocada de la autoridad que la ordena: esa consecuencia no puede atribuírsele a la propia detenida porque ello implicaría desconocer que para ordenar la detención de una persona, el presupuesto esencial o determinante es que la autoridad le impute la comisión de un delito.

27.- Si por un hecho que no está calificado por la ley como delito se detiene a una persona y la propia justicia penal lo reconoce en un fallo declarando su inocencia por tal razón, es evidente que al declarar judicialmente que la detención no fue generada por la apreciación equivocada de la Fiscalía, sino porque sus conductas preprocesales la generaron, se está desconociendo tal decisión y se está violando la presunción de inocencia derivada de la misma porque se está tratando como culpable a quien la justicia ya había declarado inocente. Cuando la Sala determinó que la conducta preprocesal de la demandante la hizo culpable de su detención, desconoció la presunción de inocencia y trasladó a un particular inocente la responsabilidad por el ejercicio indebido del ius puniendi del Estado.

28.- La decisión del Juez de la responsabilidad en la que se exonera al demandado por considerar que el daño fue causado por la culpa exclusiva de la víctima, en el simple campo de la causalidad, está indicando que, de las dos circunstancias que precedieron la orden de

⁶ 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.>>



detención -(i) el comportamiento del sindicato y (ii) la decisión de detenerlo en una providencia judicial-, es la primera la que debe considerarse como causa del daño. Y esa determinación, que fue la adoptada en el fallo objeto de tutela, que exoneró al Estado porque el daño fue causado por la culpa exclusiva de la víctima, desconoció la decisión penal con efectos de cosa juzgada en la que se declaró inocente a la demandante por la atipicidad de la conducta. (...)

34.- La regla de la presunción de inocencia que aparece expresamente prevista en la Constitución Política como una garantía del derecho fundamental al debido proceso⁷ impone a todos -sobre todo a las autoridades públicas (dentro de las cuales principalmente están los Jueces)- la obligación de tratar como inocente a quien no haya sido condenado penalmente por un delito, punto en el cual la Ley 600 de 2000 establece en su artículo 7º que << toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal >> y que el artículo 7º de la Ley 906 de 2004 consagra en los siguientes términos << **toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal** >>.

35.- Esa regla se desconoce al tratar como sospechosa a la demandante, y por tal razón negarle el derecho a la reparación del daño sufrido con su privación de la libertad. Si bien la sentencia en el acápite 4.3 estudió la presunción de inocencia, lo hizo en el marco del proceso penal, pero no la garantizó en el proceso contencioso administrativo. Al determinar que la víctima fue culpable de su detención, con base en la misma conducta que el juez penal ya había considerado atípica, la propia sentencia sí violó su presunción de inocencia; no bastaba anunciar teóricamente que la presunción de inocencia de la demandante seguía intacta: era necesario tratarla como inocente, pues ese ese el alcance de este derecho que nuestra Constitución Política consagra como derecho fundamental. (...)"

3.3.2. HECHOS RELEVANTES PROBADOS Y VALIDEZ DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

De acuerdo con los elementos de convicción allegados al expediente, el Juzgado encontró probados los siguientes hechos determinantes para la decisión a tomar:

- ❖ Que en contra del señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO y otros cursó proceso penal número 7316860004512009-00182 por el delito de Rebelión.
- ❖ Que dentro del mencionado proceso se libró orden de captura con fecha 15 de julio de 2009 en contra del señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO f. 34.
- ❖ Que en audiencia concentrada celebrada a instancia del juzgado 2 penal municipal con funciones de control de garantías de Chaparral, de fecha 15 de julio de 2009, se legalizó la captura, se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar residencia y se imputaron cargos por el delito de Rebelión al señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO y otros, señalando el fiscal en la audiencia, sobre los aspectos fácticos y el sustento normativo:

El día 7 de mayo de 2009 el informe de investigador criminalístico del CTI Maximiliano Cuellar Vargas persona esta designada como Policía Judicial ante Ejército Nacional da cuenta mediante el formato de fuentes no formales, como integrantes de las FARC cada uno con

⁷<<Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.>> (Subrayado y resaltado en negrilla por fuera del texto original)



actividades para delinquir, que el señor Maximiliano recibió informe de inteligencia Militar que varios desmovilizados bajo entrevista y el CODA, programa para dejación de las armas, dan cuenta, dan nombres lugares y situaciones de la comisión del delito de rebelión. Esta información es recibida en la Fiscalía General de la Nación ubicada en el municipio de Chaparral Tolima y se designa el 13 de mayo de 2009 mediante reparto al Fiscal 28 seccional y como respuesta a esta información se hizo programa metodológico y orden a Policía Judicial bajo la coordinación de la fiscalía para verificar la información y se ordenó que se hicieran declaraciones juramentadas y se obtuvo informe de policía judicial y declaraciones juradas que dan cuenta de lo siguiente: (...) Sobre el ciudadano **NOLBERTO FERNANDEZ MORENO** conocido como alias checo manifiestan que es comandante de la milicia, hace reuniones en las escuelas para la guerrilla, es camarada de Pipas y Walter, les da posada, les da comida y es muy importante en las FARC, por cuanto trabaja en ISAGEN, revisa las hojas de vida y les da cuenta a la guerrilla que personas trabajan y les avisa a la guerrilla ...que carga una pistola y que siempre ha sido informante, les consigue explosivos y municiones, habla de política aconsejando a la juventud porque la Farc van a tomar el poder y luchan por reventar a Uribe.... Otro ciudadano indicó que carga radio, conoce quien entra y quien sale...que pertenece a Asohermosa...que hace parte de la parte política de las Farc, organiza los paros y lleva a los muchachos y muchachas para reclutarlos...que es considerado intermediario entre la guerrilla y el proyecto Isagen...encargada en algunas ocasiones de llevar explosivos, señalar a personas para sancionar o matarlas, que la orden se cumple...(...) Sobre la imputación jurídica, ley 599 de 2000, en el título XVIII el régimen legal y Constitucional, capítulo único, **la Rebelión**, artículo 467 del C.P para el señor NOLBERTO FERNANDEZ la fiscalía indica que hay una situación de agravación para quien promueva, Solicitud de medida de aseguramiento para la cual la Fiscalía indica que se hace necesario la medida de aseguramiento para estos ciudadanos, (...). CD, 6,7,8, CUAD 2 pruebas fl. 38 cuaderno principal.

- ❖ Que el 12 de noviembre de 2009 fue dejado en libertad el señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO, según certificado de 28 de septiembre de 2016 expedido por el INPEC Chaparral fl. 19.
- ❖ Que el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué, en sentencia de primera instancia proferida el 16 de julio de 2016, absolvió al señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO, por solicitud tanto de la fiscalía como de la defensa fl. 46-47.
- ❖ Que el señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO está casado con la señora TANIA LORENA ORTIZ MENDOZA según consta en acta de matrimonio 160855 de la diócesis del Espinal fl. 18 y que de dicha unión nacieron: YENNI CRISTINA FERNANDEZ ORTIZ fl. 10, CARLOS ANDRES FERNANDEZ ORTIZ fl. 11, LEIDY ALEXANDRA FERNANDEZ ORTIZ fl. 12, NELSON IVAN FERNANDEZ ORTIZ fl. 13, ARLEX NORBERTO FERNANDEZ ORTIZ fl. 15, MONICA ALEJANDRA FERNANDEZ ORTIZ fl. 16 y TANIA SOFIA FERNANDEZ ORTIZ fl. 17.
- ❖ Que el señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO, es hijo de ROSALBA MORENO DE FERNANDEZ (fl. 14) y FELIX ROBERTO FERNANDEZ HERRERA (fl. 14)

❖ TESTIMONIO DE EDGAR SILVA CRIOLLO

Reside en la vereda el Escobal, Las Hermosas- Finca los Naranjos
Sin parentesco con el demandante. Sobre los hechos de la demanda manifestó en audiencia de pruebas celebrada el 09 de septiembre de 2020:



- Que conoce al demandante NOLBERTO FERNANDEZ MORENO desde hace tiempo, y lo conoce como un gran líder, amigo incondicional y que se preocupa por las demás personas, que viven en la misma vereda y en la misma comunidad.
- Relacionó el nombre de su esposa e hijos.
- Que tuvo conocimiento que en el año 2009 fue detenido el señor Nolberto sin ninguna justificación, ni razón.
- Que con ocasión a esa detención la finca quedó sola y algunos de los hijos tuvieron que dejar de estudiar, que algunos hijos vivían en la casa con el señor Nolberto y otros en Chaparral estudiando.
- Que el señor Nolberto siempre se ha dedicado a trabajar en la finca, en el campo y que fue afectado física, moralmente y el buen nombre con la privación injusta de la libertad, porque se estigmatiza como auxiliador de la guerrilla.
- Que la finca del señor NOLBERTO permaneció sola como un mes, y que la productividad era cultivo de maíz, de café y que tenía sus marranos y gallinas.

❖ TESTIMONIO DE RAMÓN ARCENIO RAMIREZ MANJARRES

Reside en la vereda el Escobal, Las Hermosas

Sin parentesco con el demandante. Sobre los hechos de la demanda manifestó en audiencia de pruebas celebrada el 09 de septiembre de 2020:

- Que al señor NOLBERTO lo conoce desde hace 20 años porque viven en la misma vereda.
- Que para el año 2009 el demandante se dedicaba a la agricultura, con cultivos de café, frijol y que estos cultivos se perdieron porque la gente se abstenía de ir a trabajar allá
- Que su núcleo familiar está formado por 7 hijos y su esposa y para la época de los hechos había 4 menores de edad.
- Que conoció que en julio de 2009 el señor Nolberto fue detenido y se dejó en libertad en noviembre de 2009, ocasionándosele un daño económico y moral.
- Que le quedó al demandante la estigmatización porque el proceso duró como 7 años y esas noticias fueron difundidas por medios de comunicación. Sin embargo, declaró que él no lo había escuchado personalmente por radio o visto en otro medio.
- Que en el primer mes es donde se descuidó más la finca porque el señor NOLBERTO estuvo privado de la libertad en su domicilio en la ciudad de Chaparral.
- Explicó el testigo que laboró en tareas agrícolas en la finca del señor Nolberto después que se terminó el proceso penal en su contra.

3.3.3. ANÁLISIS DE INSTANCIA

Procede el despacho a desatar la litis, fincado en la falla probada del servicio que comparta los presupuestos del daño antijurídico y la imputación del daño.

Del daño

Como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, no hay lugar a declarar responsabilidad sin daño y solo ante su acreditación se puede explorar la posibilidad de imputación del mismo al Estado.

De conformidad con los elementos de prueba allegados al plenario, el despacho encuentra probado que en contra del señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO y otros cursó proceso penal número 7316860004512009-00182 por el presunto delito de Rebelión, dentro del cual se le impuso medida de aseguramiento de **detención preventiva en el lugar de residencia** proferida por el

Juzgado Primero Penal Municipal de Chaparral con Funciones de Garantías, por lo que se privó de su libertad entre el 15 de julio de 2009 y el 12 de noviembre de 2009⁸. No existe pues controversia respecto de la configuración del daño, toda vez que el señor NELSON JAVIER RIVERA GUZMAN le fue impuesta medida de aseguramiento de detención domiciliaria dentro de un proceso penal.

De igual forma al proceso concurren los otros demandantes, de quienes se acreditó el correspondiente parentesco a partir del cual se inferirá el dolor moral que les causó la privación de la libertad sufrida por su familiar.

Finalmente, el despacho resalta que la vinculación del demandante a la causa penal desde cuando se produjo su captura hasta que se profirió sentencia absolutoria, no implica *per se* responsabilidad del Estado, toda vez que se hace necesario la verificación de una suma de pruebas y circunstancias que acrediten la antijuridicidad de las actuaciones alegada en la demanda.

La imputación del daño

En primer lugar, ha de precisarse que el estudio de la imputación por la privación de la libertad del señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO será estudiada bajo un régimen de responsabilidad subjetivo, por lo que el carácter injusto de la privación de la libertad será analizado a la luz de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida restrictiva de su libertad, de ahí que se torne imperiosa la ponderación de las circunstancias que rodearon su imposición, a efecto de establecer si existía o no mérito para su proferimiento.

Tal como se indicó en los hechos probados, data del 15 de julio de 2009 la decisión de imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en el lugar de residencia del señor FERNANDEZ MORENO como probable autor y responsable del delito de Rebelión, por parte del Juzgado Primero Penal Municipal de Chaparral con Funciones de Garantías.

Las circunstancias que dieron origen a la investigación penal y que llevaron al decreto de la medida de aseguramiento, refieren que la Fiscalía 28 Seccional hace la imputación con base en el artículo 286 y 288 de la ley 906 de 2004 al señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO y otros, por cuenta de informe en donde 5 desmovilizados de las FARC dan cuenta que el demandante es comandante de las milicias de las FARC, efectúa reuniones en la Escuela por parte de la guerrilla, es camarada de Pipas y Walter, trabaja en Isagen, se conoce como miembro activo de las FARC, les consigue explosivos y municiones, otro lo distingue como miembro activo de las FARC, cargando un radio y es quien les comunica quién entra y sale, es presidente de la Junta de Acción Comunal de la vereda el Escobal.

Específicamente, se adujo que la razón que dio origen a la actuación penal, obedeció a que mediante informe ejecutivo FPJ-3 de la Policía Judicial No caso 731686000451200900182 del 7 de mayo de 2009 dirigido al Fiscal 28 Seccional Chaparral – Tolima, se indicó que el demandante señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO era integrante del grupo guerrillero al margen de la ley frente 21 de las FARC, como una de las personas que se encargaba de ayudar a realizar labores de inteligencia en contra del Ejército Nal, conseguir dineros, intendencia, guarda de explosivos entre otras.

La solicitud de detención preventiva en lugar de residencia obedeció al compromiso de los procesados y sobre el hoy demandante se advirtió que “*Ponderando el derecho fundamental a la*

⁸ FI 19

libertad y a la seguridad pública, debemos tomar como principio la mínima restricción (art 27) y en aplicación a estos criterios vemos que el señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO, se presentó voluntariamente, por lo que se presume no evadirá el accionar de la justicia”

En atención al criterio jurisprudencial del órgano de cierre, para adoptar la decisión de imposición de detención, el Juez de Control de Garantías, debe *“responder a la existencia física y material probatorio recogidos y asegurados, que permitan inferir razonadamente que el imputado pueda ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga; por ello, la presentación, contradicción y evaluación de elementos de conocimiento invocados por el fiscal en audiencia, no impiden que luego en la etapa de juicio sea practicadas todas las pruebas encaminadas a demostrar la responsabilidad penal de investigado”*.

Es así que la verificación de estos aspectos era indispensable en el caso del señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO, y del material probatorio allegado por la Fiscalía 28 Seccional a la audiencia de preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento podía inferirse por el Juez Segundo Penal Municipal de Chaparral en Función de Control de Garantías sin mayor dificultad, y lejos de actuar de manera caprichosa o arbitraria, que era razonable la imposición de la medida de detención preventiva en el lugar de domicilio, pues estaba debidamente sustentada por el ente investigador. Veamos:

De la lectura de la decisión que decretó la medida de aseguramiento, se observa que la misma se fundó, en “el Informe Ejecutivo -FPJ-3 de la Policía Judicial No caso 731686000451200900182 del 7 de mayo de 2009 dirigido al Fiscal 28 Seccional Chaparral – Tolima, DELITO. REBELION. LUGAR DE LOS HECHOS. Localidad. CHAPARRAL ZONA RURAL VEREDA SAN JOSE DE LAS HERMOSAS, SANTA BARBARA, ESCOBAL ETC. NARRACION DE LOS HECHOS. Por fuente humana del Ejercito se informa de la participación de los señores NORBERTO FERNANDEZ MORENO y otros como integrante del grupo guerrillero al margen de la ley frente 21 de las FARC, en diferentes modalidades, persona que se encarga de ayudar a realizar labores de inteligencia en contra del Ejercito, conseguir dineros, intendencia, guarda explosivos y se comunica vía celular con los comandantes de dicho grupo, utilizando varias fachadas, delinquiendo en toda la jurisdicción de Chaparral Tolima (...) **DATOS DE LOS TESTIGOS.** EDUAR GILBERT OVALDERRAMA GOMEZ, JAVIER ARAGON (...) ANEXOS. 1. INFORME DEL EJERCITO”. FI 250 y ss

Con su ocasión, se emitió el Oficio No 0006MD-CGFFMM-CE-DIV5-BR6-B2 de fecha 6 de mayo de 2009 dirigido al Investigador Criminalístico II enlace CTI-BR6 con “Asunto: Listado personal para judicializar, me permito presentar al señor Enlace CTI-BR6 información recolectada por esta sección, en la cual se expresa la participación activa de varias personas que presuntamente hacen parte de la red de milicias de la cuadrilla 21; el PC3 (Partido Comunista Clandestino Colombiano) y el MB (Movimiento Bolivariano por la Nueva Colombia); estos dos últimos, apéndice político y partido político clandestino de las FARC, respectivamente” y pone a disposición los datos de los testigos: EDUAR GILBERTO VALDERRAMA GOMEZ, JABIER ARAGON RAMIRE, ORTUBAY ORTIZ GONZALEZ y DIANA MONICA SANTACRUZ OVIEDO; quienes según la misiva estaban dispuestas a declarar bajo la gravedad del juramento, todo lo que conocían acerca de las presuntas actividades ilícitas, que llevaban a cabo las personas nombradas en las respectivas entrevistas, y que presuntamente eran las responsables de, entre otras: actividades de reclutamiento de menores, narcotráfico, tráfico de material de guerra, intendencia y explosivos, suministro de información tendiente a facilitar secuestros y extorsiones; recolectar información para perpetrar atentados terroristas contra la Fuerza Pública y los organismos de seguridad e investigación del Estado. Sobre el informe del contenido de las entrevistas se destaca:



(...) EDUAR GILBERTO VALDERRAMA GOMEZ... alias CONEJO, desmovilizado quien perteneció a las milicias bolivarianas de la cuadrilla 21 de la ONT-FARC, y se presentó voluntariamente ante tropas del batallón de contraguerrilla No 31. Este ex guerrillero, manifiesta conocer al sujeto NORBERTO FERNANDEZ MORENO, conocido en la guerrilla con el alias de checo, afirma que este sujeto trabaja en "ASOHERMOSAS" como miembro Junta Directiva, la oficina queda en Chaparral .. y se desempeña como cabecilla de las milicias del corregimiento de San José de las Hermosas y las veredas de San Pablo, La Marina, Alemania, San José, Escobar, Naranjales, Recreo, Santa Barbara, Rio Negro, Holanda. Porta una pistola 9 mm, niquelada sin papeles, tres proveedores de 9 cartuchos, a veces utiliza el camuflado pinta vieja y armamento de largo alcance; reside en Chaparral en el Barrio El Edén, casa de material, puertas color café de hierro, ventanas rojas de hierro, según el desmovilizado, cumple entre otras las siguientes actividades delictivas:

- Es el encargado de revisar las hojas de vida para trabajar a ISAGEN, y si ingresa algún militar, le comunica a los terroristas de la cuadrilla 21.

- Lleva a los campamentos niñas menores de edad de los colegios Santa Luisa, Carmenza Rocha, cuyos nombres son MARITZA de 15 años y DORIS 16 AÑOS, y las presenta a los principales cabecillas del frente 21 alias MARLON, GIOVANNY , PIPAS, FRANKY y SALCEDO, y también para los guerrilleros rasos. Este sujeto, las transporta hasta las veredas Tequendama y Escobal, propiamente a la finca del miliciano (a. Checo) posteriormente a caballo hasta los campamentos. Los fines de semana permanecen hasta tres días, finalmente él personalmente las recoge y las conduce hasta Chaparral. El "gancho" que utiliza, es su propia hija que es la encargada de hablar con las mamás, para obtener el permiso.

- Alias CHECO, se encarga de ubicar a la tropa, para suministrar información a los terroristas.

Las entrevistas a su vez están relacionadas en el Informe No 3363 Asignación No 73138839 Misión de Trabajo No 3347. INVESTIGADOR DE CAMPO FPJ-11 FECHA 26/09/2011 -Policía Judicial, cuyo objetivo consistió en: realizar estudio del caso, estableciendo los EMP y EF existentes que respalde las afirmaciones de los testigos en contra de cada uno de los imputados, no de manera genérica sino individual, también que se informara al despacho si del análisis de los EMP incautados en diligencia de allanamiento y registro se corroboran los señalamientos hechos a los imputados y, finalmente verificar la información suministrada por los declarantes tales como actos de terrorismo, extorsión, secuestro, homicidios, y demás de los cuales se han señalado a los imputados. Es de advertir que la verificación de la información se dispuso mediante orden de Policía Judicial de fecha 13 de julio de 2009 y de su resultado **se destaca:**

"(...)

08-09-2011

Siendo las 08:00 horas se inicia el estudio del presente caso:

El día 07 de mayo de 2009, el investigador y enlace de las fuerzas militares Maximiliano Cuellar Vargas, recibe oficio No 000699 firmado por el Teniente Coronel Pedro Javier Rojas Guevara, oficial de inteligencia de la Sexta Brigada de esta ciudad, donde deja a disposición a los señores Eduar Gilberto Valderrama Gómez... Javier Aragón Ramírez... Ortubay Ortiz González... y Diana Mónica Santacruz Oviedo ... personas que están dispuestas a aportar información sobre individuos que se encuentran vinculados a actividades ilícitas en las FARC.

(...)

TESTIMONIOS QUE INCRIMINAN AL SEÑOR NORBERTO FERNANDEZ MORENO

En diligencia de declaración jurada de fecha 10 de agosto de 2009 realizada al señor John Jairo Carrizosa Torres, en la pregunta. Qué otras actividades realizaba el señor Norberto Fernández Moreno aparte de colaborar con ISAGEN. Contesto: "Cultivaba amapola no recuerdo, yo me enteré porque yo iba a la finca de él, la finca queda en el Escobal y en el Tequendama, también los cultivos eran en compañía de Walter o Mario Lagartija, en ese tiempo mucha gente trabajaba con ellos, ellos planeaban ahí, secuestro no, lo de las marchas él se reunió con la guerrilla y con todos los presidentes de la junta y ellos le daban las instrucciones de cómo debía hacer y ellos reunían la población, éramos varios los que subían Donal, Pelusa, Roldan, Muelas, Norberto, compraba la mercancía, la mancha trabajaba con la plata de otros."



En diligencia de declaración jurada de fecha 27 de mayo de 2009 realizada al señor Ortubay Ortiz González. en la pregunta. Qué conocimiento tiene del señor Norberto Fernández Moreno alias "Checo", con respecto a su actividades como miembro del 21 frente de las FARC. Contesto: "Primero la relación simple vista del cual lo veía uno vinculado frecuentemente con dichos comandantes de la guerrilla, era el encargado de la región de llevar políticos a que hicieran acuerdos para poder surgir en las campañas políticas, también él es el encargado de comunicar a los comerciantes del municipio de Chaparral para que participen en leyes que hacía la guerrilla, también tuve conocimiento que era la persona encargada de manejar los programas de diferentes corporaciones y empresas bajo la ley que estos delincuentes decían ordenar. Por varias ocasiones este señor me invitó a que formara parte bien sea como célula, o bien sea como yo tenía conocimiento en la parte de dirigente comunal, para llevar a las comunidades dichas políticas provenientes de esta organización, en una ocasión me contó que había ingresado a cinco jóvenes a formar parte del movimiento guerrillero provenientes de la vereda El Escobal, tres mujeres y dos hombres los chinos se llaman Juan Carlos alias "Catarola" Fabio hermano de alias "Catarola" las niñas una hija de Yarlenis Ortiz, la otra hija de Isabel Poloche y la última hija de alias "Tribilin". Norberto me dijo que él los había ingresado al 21 frente, que lo que pasaba es que la vereda a la que yo pertenecía, no salía gente para formar parte del 21 frente, también me dijo que ese frente había que fortalecerlo; también me invitó el señor Norberto Fernández que formara parte de la asociación ASOHERMOSAS reunión que se sostuvo por varias ocasiones con la comandante alias "Victoria" y el comandante de escuadra alias "Franki" reuniones efectuadas en varios sectores del cañón de la hermosas, también por parte de la asociación a talleres del cual se decía que era para organizar a las comunidades frente a lo que iba a suceder con el proyecto de ISAGEN, siendo esto una farsa por la cual se veía ahí lo único que transmitían eran las políticas de las FARC quería transmitir al pueblo y esas reuniones se organizaban y realizaban a través del señor Norberto Fernández, cabe anotar que los convocados a esas reuniones, eran los diferentes grupos sindicalistas de todo el departamento del Tolima, estos denominados talleres o reuniones se llegaban a realizar hasta por ocho días en solo sitio, como sede principal se utilizaba la escuela de la vereda El Escobal, se escuchan direcciones ordenadas por el señor Norberto Fernández el cual hacía llamados al buen comportamiento y a que también teníamos que prestar guardia entre los mismos líderes de día y de noche en el cual nos armaban con pistola y revolver para que hiciéramos guardia, estas armas se veían de noche. En una ocasión me dijo que yo me imaginaba lo que él era para el movimiento de las FARC, y en otra ocasión me reitero que él era el encargado de organizar masas para que sirvieran al Frente 21, que formara parte de una de ellas; ósea que formara parte del PC3 o Partido Clandestino Bolivariano, que manejaba un comandante de escuadra alias "Franki" hasta cuando yo Salí de la región, encargado de manejar la parte informativa a sus superiores de los conflictos que vive la gente en relación con problemas de vecindades, conflictos conyugales, informantes del Ejército, conflictos internos entre las mismas juntas de acción comunal y sus comunidades. Los partidos clandestinos, son provenientes de las veredas en esta región son formadas por pequeñas células las cuales lo que hacen es rendir información a este supuesto comandante, para así poder obtener más ágil las diferentes informaciones que ellos necesitan. Norberto fue quien coordinó una reunión, que obtuvimos los líderes en la Universidad del Tolima, donde había presencia SINTRAGRITOL y otros sindicatos pertenecientes a la misma universidad donde únicamente "nos hablaron de políticas de izquierda y decían en esa reunión que por eso la guerrilla tenía la razón, que son las políticas de la guerrilla las únicas que le sirven al pueblo. También me pude dar cuenta de que como no estaba de acuerdo el señor Guillermo Torres, más conocido como "Ponido" en que al movimiento del Frente 21 se le rindiera toda clase de información relacionada de cómo se debería ejecutar el Programa Guarda Bosques, fue informado a los comandantes de la guerrilla por parte del señor - Norberto Fernández y Leonardo Céspedes, Ever Quijano y Jorge Gracia como un supuesto enemigo de las FARC, por eso la guerrilla procedió a quitarle la vida en el corregimiento de la Marina, no recuerdo la fecha, no se si fue en el 2005, sería averiguar la fecha. También el señor Norberto Fernández me informo de que uno podría trabajar con ellos haciéndole llegar los mensajes que la guerrilla transmitía a los comerciantes de Chaparral y a nosotros nos quedaba fácil porque éramos líderes".

En diligencia de declaración jurada de fecha 28 de mayo de 2009 realizada al señor Eduar Gilberto Valderrama Gómez. en la pregunta. Qué conocimiento tiene del señor Norberto Fernández Moreno alias "Checo", con respecto a su actividades como miembro del 21 frente de las FARC. Contesto: "Yo sé que él es comandante de milicias, es el hombre que hace reuniones



en la escuela en veces por parte de la guerrilla, les 'lleva algún tiempo la leña al camarada PIPAS y Walter, le ayuda mucho a la guerrilla, les da posada, les da comida, juega gallos con ellos y es muy importante para las FARC, porque en este momento trabaja en ISAGEN revisando las hojas de vida de las personas, recibe las hojas y se da cuenta que personas del gobierno trabajan y sube y les avisa a la guerrilla; yo lo conozco desde hace unos 15 años y siempre ha trabajado con la guerrilla, carga una pistola y siempre ha sido el informante de ellos, va a los campamentos, les consigue -explosivos y munición, mantiene su buen carro. El habla de la política de las que aconseja a la juventud, dice que las FARC a cualquier momento manejaran el poder, que luchan por reventar a Uribe".

En diligencia de declaración jurada de fecha 01 de junio de 2009 realiza al señor Javier Aragón Ramírez. en la pregunta. Que conocimiento tiene **del señor Norberto Fernández Moreno alias "Checo"**, con respecto a su actividades como miembro del 21 frente de las FARC. Contesto: "Si lo conozco, el hace actividades en las veredas por mando de MARLON, como reuniones hablando a favor de la guerrilla, lo qué he escuchado por los mismos miembros de la guerrilla, compañeros de la guerrilla que les: Subía explosivos; cuando van a sancionar a una persona o a matar una persona, él está al frente de eso,- si el da la orden la orden se le cumple, él trabaja en Chaparral en ASOHERMOSAS, él, es el que recibe las hojas de vida, las repara para poner a trabajar en el proyecto de ISAGEN, él es el que mira que gente entra a trabajar o no, mira lo conveniente para la guerrilla, de resto no deja entrara a nadie más".

En diligencia de declaración jurada de fecha 03 de junio de 2009 realizada a la señora Diana Mónica Santacruz Oviedo en la pregunta Que conocimiento tiene del **señor Norberto Fernández Moreno alias "Checo"**, con respecto a su actividades como miembro del 21 frente de las FARC. Contesto: "Si lo conozco, si claro él es miembro de las FARC, el carga radio y comunica quien entra, quien sale, les colabora en todos los sentidos, es miliciano así tenga esposa e hijos el colabora con la guerrilla, él tiene una finca en el Escobal,- tiene casa en el Edén en Chaparral, es presidente de la junta de acción comunal del Escobal y pertenece a algo de ASOHERMOSAS, yo tengo entendido que le pide plata a los fincarios para un proyecto de la vereda y se la roba, la gente está furiosa por eso, porque esa plata se queda con él. Yo lo conozco hace unos 15 años y como miliciano lo conocí mientras estuve yo".

En declaración jurada de fecha 23 de julio de 2009 realizada al señor Herminzo Yate García en la pregunta **Que conocimiento tiene del señor Norberto Fernández Moreno alias "Checo"**, con respecto a su actividades como miembro del 21 frente de las FARC. Contesto: "Si lo conozco si hace parte de las FARC, él es el Jefe de la Célula Clandestina de las FARC o el Movimiento Bolivariano es la persona que se presta a las FARC para cualquier tipo de información que se pudiera recoger en la ciudad, como és el caso de la hija del alcalde que secuestraron, el caso era que Norberto iba mucho donde Marlon y estaba incluido en esa inteligencia, porque yo escuche decir un día cuando yo iba a presentar la lista de una remesa, le estaba planteando a Marlon, del secuestro del alcalde de Chaparral, Marlon le decía algo de eso del secuestro y Checo le decía a porque mejor no secuestraba a la muchacha la hija que dolía más y pagaba más ligero. Preguntado: Como y cuando conoció usted a Norberto alias "Checo" Contesto: Las veces que lo mire fue ahí cuando iba donde Marlon, eso fue en el campamento de Marcos, que queda en San José de la Hermosas para abajito, llegaba a pata, yo mantenía en mi Oficio la economía, como me tocaba acercarme al comandante era cuando lo veía Preguntado: -Con que otros comandantes hablaba Norberto. Contesto: Con Walter, porque Marlon le dijo ese día que hablara con Walter. Preguntado: Que clase de reuniones políticas o marchas realizaba Norberto alias "Checo" Contesto: Yo tengo conocimiento que desempeñarse Como jefe de la célula política, él era encargado de los paros dirigir ya le rendía a Victoria, yo me di cuenta de esa situación, ya cuando estaba en la Comisión Cajamarca en el año 2007 por boca de Donal, que decía que las marchas las organizaba allá en el sector de San José era "Checo".

En diligencia de declaración jurada de fecha 30 de julio de 2009 realizada al señor, Luis Vicente Capera Remigio en la pregunta **Qué relación tenía Norberto Fernández con la guerrilla** en el tiempo que lo conoció usted, hasta el tiempo que decidió usted desmovilizarse. Contesto: "Tenía buena confianza, era una de las personas que iba directamente al mando, sabía o tenía información donde estaban, a mi no me comento que me metiera a la guerrilla. Preguntado: "Escucho de algún compañero suyo guerrillero, en el tiempo que usted fue miliciano, sobre que el



señor Norberto Fernández era miliciano del 21 Frente de las FARC. Contesto: " No, no escuche, solo que él tenía acceso directo a Victoria, Marlon y Walter, por los cargos que tenía de la comunidad, yo lo sabía y lo decía toda la gente de la comunidad y los demás líderes de juntas de acción comunal de las veredas "

En diligencia de declaración jurada de fecha 04 de agosto de 2009 realizada al señor Angélico Aragón Ramírez en la pregunta Que conocimiento tiene del señor Norberto Fernández Moreno alias "Checo", con respecto a su actividades como miembro del 21 frente de las FARC. Contesto: "Lo vi pocas veces, escuchaba poco de él, lo que escuchaba era que era miliciano, me contaban otros milicianos que habían dentro del corregimiento, una vez estuve en una reunión que él hacía, y habían unos milicianos que él estaba trabajando por ambos lados, que el señor trabajaba con la hidroeléctrica y con la guerrilla, donde yo estaba los comandantes decían que "Checo" estaba por una parte en la hidroeléctrica esa, pero que era muy importante para ellos y ellos necesitaban una persona que estuviera dentro de eso, para poder atacar eso, que era una persona clave, yo no hable con él. Pero me daba cuenta que iba donde Walter, cuando estaba en el Salado, Naranjales, lo veían por allá otros guerrilleros, no lo vi me contaban los guerrilleros de dentro, así por lo menos La Tortuga, Héctor, Norberto que era del corregimiento me contaban que lo habían visto".

En diligencia de declaración jurada de fecha 06 de agosto de 2009 realizada al señor Raúl Agudelo Medina en la pregunta Qué conocimiento tiene del señor Norberto Fernández Moreno alias "Checo", con respecto a su actividades como miembro del 21 frente de las FARC. Contesto: " De él lo conocí en el año 2000, yo tuve una estrecha relación con él, lo conocí a él como coordinador de milicias de San José de las Herosas del Frente 21 de las FARC, él vive en la vereda El Escobal arriba del Salado, estuve varias oportunidades en su propia casa, en una ocasión me invito a unos cumpleaños de él mismo, se hizo una fiestecita en su casa en la vereda El Escobal al lado de la escuela, él también tiene una finca por los lados de Tequendama, durante mucho tiempo fue el mayor cultivador de amapola en la región el sembraba amapola para el Frente 21 de las FARC él era el plantero de muchos campesinos para seguir expandiendo el trabajo del cultivo de amapola, la relación de los dos se hizo más estrecha porque a él Marlon lo asigno junto con Donal para realizar el trabajo del Partido Comunista Clandestino o PC3 ha sido un dirigente muy importante del Partido Comunista Clandestino en Chaparral, él hacía parte o hizo parte en su momento en la dirección de dicho partido a nivel del departamento del Tolima, él desde allí impulso la creación de un trabajo que las FARC oriento que consistía en crear una manejar fachada o una ONG, que se llamaba SINTRAGRITOL o simplemente el sindicato, decían los campesinos es una organización fachada pertenece FENSUAGRO Federación Sindical de Usuarios del Agro, que tiene la sede central en Bogotá, a "Checo" las FARC le encomendó varias tareas durante los últimos tres años, una de ellas fue la movilización de campesinos que se hizo para el 16 de septiembre de 20021 "Checo" era uno de los coordinadores de ese paro, era un paro armado coordinado por la FARC, pero no solamente a "Checo" se le asignaba esa tarea sino otra con Duai Alberto Álvarez un miembro de las FARC que trabajaba en la Alcaldía de Chaparral, estos dos personajes en conjunto con el señor Héctor Aránzazu fueron los encargados de diseñar una ONG fachada para las FARC que se llama ASOHERMOSAS, que se constituyó por orientación de las FARC, quien hizo las veces de asesor jurídico fue Duai un dirigente de las FARC, también asesoró un compañero de las FARC que se llama Ancizar Ibarra, creo que también había un señor de apellido Cruz dirigente de la acción comunal de esa región para que las FARC organizaran ASOHERMOSAS donde jugó un papel protagónico "Checo", porque las FARC cuando se comenzó a ventilar que se iba a desarrollar sobre ese cañón un proyecto de una hidroeléctrica HIDROGER, inicialmente HIDROGER delego un señor Héctor Aránzazu que era el encargado de buscar a los directivos de esta empresa por que la FARC pedía que había que hacer un consenso de la comunidad, inversión social que a la medida que llegara un capital tan importante a la región los campesinos se tenían que beneficiar en algo, fue así donde Marlon se puso al frente de la negociación con HIDRAGER, a nosotros con el "Chivo" nos invitaron a varias reuniones estuvo Héctor Aránzazu, "Checo", "tonal", "Marlon" y lo que se acordó fue que para poder desarrollar ese proyecto energético la empresa comprometió a pagar tres mil millones, ellos aceptaron y que de una vez instalaran Unos tubos, cada año seguían contribuyendo, las FARC nunca se opuso a que ese proyecto se diera, pero el único exigente que solicito las FARC era que en el desarrollo de la construcción no se metiera mano de obra que no fuera de la región, la idea era que la gente se beneficiara con trabajo de la región y que "Checo" era el encargado de la revisión de las hojas de vida del proyecto, para evitar



infiltración de paramilitares y fuerza pública, yo estuve en esa reunión que fue en la casa de Wilson Medina en el salón de la discoteca, esa vez que se hizo esa elección de "Checo", esa vez creo que no quedo "Checo" quedo fue Cruz, pero "Checo" tras Bambalinas quedo, pero ahora último tomo "Checo" el poder de esa ONG, lo cierto es que las FARC están utilizando ASOHERMOSAS para canalizar recursos, yo también supe que hay un consorcio también, creo que esa empresa era ISA o ISAGEN, no se que tipo de convenio hicieron, pero la empresa se llama primero, creo que eso quedo a manos de ISAGEN y cuando yo vine al consorcio que estaba haciendo eso era atreves de alias " El Chivo " y Héctor Aránzazu él es enlace de las FARC con las empresas en todo esto " Checo " estaba al tanto, " Checo " incluso hizo una reunión en el club Los Pijaos donde vinieron unos extranjeros a mirar el proceso que se estaba haciendo al pie, esta empresa inicialmente ganó un premio internacional creo que se llama un premio QUIOTO por ser una empresa no contaminante, HIDROGER cuando eso subió un personaje de muy alta talla de la empresa, no sé si se llama Gabriel Jaimes subió a hablar con " El Chivo " también sé que "Checo " era la persona encargada de abastecer remesas y medicamentos a comisiones especiales de la financiera del 1 Frente de las FARC a mando de alias " Walter " yo vi personal mente en varias ocasiones llevando remesas a comisiones donde habían secuestrados en Ibagué por los lados del Totumo que tenían tractores y buldóceres, eso fue enero de 2003, él- participó muy activamente en el abastecimiento de la comisión que estaba cuidando a Fabio Botero secuestrado en Calarcá, era dueño de la empresa Chancera, porque "Checo" era de la entera confianza de Marlon, me atrevo a decir que es la mano derecha de Marlon, lo vi cualquier cantidad de veces en los campamento de las FARC, en el campamento La Vaca, en un campamento del Escobal al pie de su casa, en el Cairo, al pie de una familia los parras, lo vi reunido con Walter y Pedro nel en un punto que se llama el Salado, de esta manera incluyo a " Checo " un importante cabecilla de 21 frente de las FARC Coordinador Político del PC3 además ha participado activamente en las comisiones que han estado al cargo de secuestrados, " Checo " también jugó un papel importante en la inteligencia de un doctor que secuestraron de apellido Alvira, él, en conjunto con Armando y Pelusa hicieron inteligencia para secuestrar al doctor Alvira a mediados de 2003 de esta manera concluyo". Fls 254 y ss del cuaderno 4 de pruebas

Respecto al valor probatorio de la declaración juramentada de los señores EDUAR GILBERTO VALDERRAMA GÓMEZ, JAVIER ARAGÓN RAMÍREZ, ORTUBAY ORTIZ GONZÁLEZ y DIANA MÓNICA SANTACRUZ OVIEDO entre otros, para fundar la presunta responsabilidad penal del demandante señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO, la Fiscalía señaló que estas declaraciones o testimonios constituían suficiente apoyo probatorio para imponer la medida de aseguramiento, y la imputación realizada a título de autor del presunto punible de Rebelión.

Esos testimonios, a la luz de nuestro sistema judicial probatorio se tornaron verosímiles porque informan el convencimiento sobre la participación a quienes incriminan en el grupo delincencial o subversivo; tanto unos como otros hallan conexión circunstancial en lo básico, en lo trascendente de la actividad individual que cada uno de los procesados, entre estos del rol que FERNANDEZ ROMERO cumplía para el grupo ilegal FARC. Además, fueron ponderados y razonados, al punto que exhibieron las condiciones suficientes para formarse desde ya el juicio de responsabilidad contra el hoy demandante, máxime cuando los testigos habían demostrado pertenecer al mismo grupo al margen de la ley -FARC EP- en su calidad de desmovilizados y desde luego de allí emana el conocimiento de sus dichos, siendo factor preponderante para otorgarles total credibilidad en cuanto a las incriminaciones individuales en su momento.

Ahora bien, cerrada la investigación y al efectuarse la calificación del acervo probatorio, el 14 de octubre de 2011, se realizó la audiencia de acusación en contra del señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO y otros, como presuntos autores en la comisión del delito de Rebelión, de la que se advierte que, la Fiscalía había adelantado una labor investigativa referida a la participación de los imputados en el grupo ilegal de las FARC, advirtiendo que la información recolectada había sido confirmada, por lo que ordenó la vinculación de quienes resultaron comprometidos fruto de la información suministrada por los testigos antes citados, de conformidad

con las labores investigativas desplegadas por miembros de la Policía Judicial ante el Ejército Nacional.

Igualmente se advierte, que con miras a establecer los elementos constitutivos esenciales del delito de rebelión, indicó que se contaba con las labores investigativas desplegadas y que de las diligencias allegadas al expediente se podía concluir que:

"(...) De los testimonios recibidos se puede extractar que, el señor Norberto Fernández Moreno es directivo de una ONG llamada ASOHERMOSAS, que opera en el municipio de Chaparral Tolima.

En el informe de investigador de campo No. 284 de fecha 09 de julio de 2009 se verifica la existencia de la ONG ASOHERMOSAS, y se determina que se encuentra matriculada ante Cámara y Comercio con el número 0441320 certificando que el señor Norberto Fernández Moreno identificado con cedula de ciudadanía No. 5.888.384 es miembro de la Junta Directiva de la ONG ASOHERMOSAS la cual fue inscrita el 19 de marzo de 2009.

Los declarantes coinciden en afirmar, que es miliciano, que era la persona encargada de hacer reuniones para la guerrilla, donde se exponían los ideales políticos de las FARC, ejecutar las sanciones impuestas por este grupo, coordinaba los paros armados, tenía línea directa con los mandos de las FARC, prestaba apoyo logístico en las necesidades de las FARC.

En declaración del señor Herminzo Yate García, donde testifica que el señor Norberto Fernández Moreno realizó inteligencia el secuestro de la hija del Exalcalde; se verificó en el SPOA y se determina que la Fiscalía 2 Especializada de Ibagué adelantó investigación por el delito CONCIERTO PARA DELINQUIR - AGRAVADO POR DARSE PARA EXTORSION, por hechos ocurridos el día 14 de 7ioi febrero de 20071 dentro de la investigación 731686000451200780365 donde resultó secuestrada Diana Torres Campos la esposa del Exalcalde Luis Eduardo Collazos Olaya, quien posteriormente fue asesinada.

En declaración realizada al señor Ortubay Ortiz González, manifiesta que el señor Norberto Fernández Moreno fue el causante del Homicidio del señor Guillermo Torres alias "Ponido" por parte de las FARC.

En el informe de investigador de campo No. 284 de fecha 09 de julio de 2009, en el punto 1. Se logra verificar el Homicidio del señor Guillermo Torres Vásquez ocurrida en el mes de septiembre de 2004, en el corregimiento de la Marina, que mediante informe 906 de fecha 19 de septiembre de 2004 emanado por la unidad del C.T.I. de Chaparral, en el cual se informa el deceso del señor Guillermo Torres Vásquez producido por impactos arma de fuego. Sus familiares culpan a la guerrilla en forma directa, por comentarios en la región. Siendo archivada en Inhibitorio, emanado por la Fiscalía 4 Secciona! de Chaparral, dentro de las diligencias Previas No. 174693. En declaración realizada al señor Raúl Agudelo Medina (Olivo Saldaña) manifiesta el Secuestro del Doctor Alvira en el año 2003. Luego de realizar labores de verificación en el sistema SME, no fue posible ubicar investigación alguna, con los datos aportados por el declarante, sobre el secuestro del supuesto Doctor Alvira, ya que las afirmaciones, no son-nada concretas.

Adicionalmente el Fiscal calificó en la mencionada audiencia los elementos probatorios para proceder a imputar el delito de rebelión a título de dolo. -CD 5 Cuad 2 pruebas-, como fueron los testimonios de desmovilizados (CODA- Comité Operativo para la Dejación de las Armas) y los testimonios de Maximiliano Cuellar Vargas funcionario del Cuerpo Técnico de Investigación de enlace para las fuerzas militares, del Coronel Pedro Javier Rojas Oficial de Inteligencia de la Sexta Brigada, del mayor Andrés Mauricio Londoño del Batallón Caicedo, de Francisco Ramírez funcionario que realizó la captura, de José Guillermo Carrillo Díaz investigador criminalístico del CTI de Ibagué, de Fernando Arana Molano Investigador Criminalístico del CTI Chaparral y del Cabo Tercero William Palacio Martínez.

Lo anterior permite considerar en esta instancia que la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en el lugar de su domicilio decretada en contra del señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO resultó razonable, dado que el ente acusador contaba con elementos

conducentes e inferencias razonables para solicitar la aprehensión del señor FERNANDEZ MORENO, por lo que en los términos del artículo 275 del CPP estos elementos permitían al Juez de Control de Garantías inferir que el demandante pudo ser autor del delito de Rebelión, máxime cuando en el expediente militaban sendos testimonios de desmovilizados e informes de campo.

De la valoración de la actuación procesal penal, para este despacho judicial, la medida de aseguramiento solicitada por el ente acusador en contra del demandante contaba con los presupuestos constitucionales y legales para su imposición, porque, de los elementos probatorios relacionados en precedencia, se podía partir de la calificación inicial o provisional del delito de Rebelión para inferir los fines, como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1996, bajo los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad, necesarios para desvirtuar la antijuridicidad del daño que alega la parte accionante por lo que la imposición de la medida **de aseguramiento de detención preventiva en el lugar de residencia**, resultaba reflexiva especialmente cuando no se interpuso recurso alguno por parte de la defensa (fl 38).

En suma, la privación de la libertad no resultó injusta y se ajustó a las circunstancias y elementos con los que contaba el ente acusador al momento de proferir decisión en tal sentido.

Ahora bien, en relación con la proporcionalidad de la decisión, se encuentra que la medida de aseguramiento impuesta al señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO no desbordó el criterio inherente a la adopción de este tipo de decisiones, toda vez que se sostuvo que las referidas declaraciones ofrecían serios motivos de credibilidad, pues los testigos narraron los hechos porque los percibieron, al haber hecho parte de la organización ilegal en comento, desmovilizados de las FARC que estaban inscritos en el CODA, condición que les permitió conocer al demandante, las actividades que realizaban al interior del grupo subversivo, las zonas donde delinquirían y el lugar donde hacían presencia, aunado a las investigaciones que se habían practicado por parte de la Policía Judicial, que llevaban a un convencimiento de la autoría del delito y que resultaba adecuada con base en las pruebas legalmente producidas.

Adviértase que, debido a la naturaleza del delito, le era exigible tanto al ente investigador y al juez, actuar de manera pronta y eficaz con el fin de que se esclarecieran los hechos y a su vez, se garantizara que el indiciado iba a colaborar y asumir la responsabilidad penalmente.

Vale la pena recordar que el procedimiento penal cuenta con una serie de etapas sucesivas con las que se persigue llegar a un grado de certeza –más allá de toda duda razonable– acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, de forma que no puede exigirse a la Fiscalía General de la Nación o al Juez Penal que cuenten con esa certeza incluso desde la etapa investigativa inicial, luego la solicitud de absolución en etapa de juicio no implica *per se* la responsabilidad alegada en la demanda.

En consecuencia, el despacho advierte que la imposición de medida de aseguramiento al señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO se ajustó a los criterios establecidos en la legislación y, por tanto, no hay lugar a concluir que dicha decisión hubiese sido irracional, desproporcionada ni ilegal o constitutiva de una falla del servicio atribuible a las entidades demandadas, en tanto, quedó acreditado que al momento de la captura existían criterios para inferir que el demandante era presunto autor del delito imputado, estando más que demostrado que el ente acusador cumplió con los requisitos exigidos en los artículos 306 y ss de la Ley 906 de 2004 para imponer la medida de aseguramiento, de ahí que no sea posible endilgar responsabilidad a la FISCALIA GENERAL DE LA NACION y a la RAMA JUDICIAL.

Son propicios los anteriores argumentos para declarar probadas las excepciones de *ausencia de daño antijurídico e imputabilidad del mismo a la FGN* y *ausencia de nexos causal* propuestas por las accionadas, lo que conduce a denegar las pretensiones de la demanda.

4. COSTAS PROCESALES

Viendo el resultado de la decisión, se condenará en costas a la parte demandante y a favor de las demandadas en los términos del artículo 188 del Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con los numerales 1 y 2 del artículo 365 del Código General del Proceso.

Como agencias en derecho se fijará la suma de un millón quinientos sesenta y dos mil cuatrocientos ochenta y cuatro pesos m/cte (\$1.562.484), que corresponde al 4% de las pretensiones negadas de conformidad con lo establecido en el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, la Juez Octava Administrativa Oral del Circuito Judicial de Ibagué, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de *“ausencia de daño antijurídico e imputabilidad del mismo a la FGN”* y *“ausencia de nexos causal”* propuestas por las accionadas

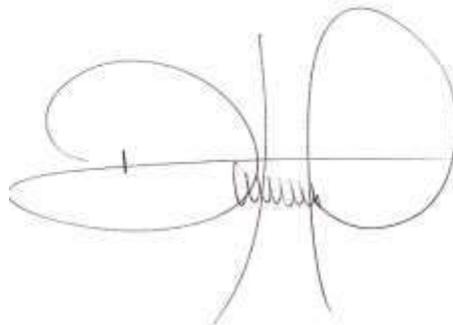
SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante y a favor de las demandadas. Tásense.

CUARTO: FIJAR como agencias en derecho la suma \$1.562.484, que tendrá en cuenta la secretaría al momento de liquidar las costas.

Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIANA MILENA ORJUELA CUARTAS
JUEZ

Firmado Por:



**DIANA MILENA ORJUELA CUARTAS
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 8 ADMINISTRATIVO ORAL IBAGUE**

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:

24d1456b9e42aa7e97d76ebfa6f66ae4b207f28956317b898ae93e9a52d4bb4f

Documento generado en 29/06/2021 04:10:08 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
MAGISTRADO PONENTE: BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS

Ibagué, primero (1º) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
TEMA: PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

OBJETO

Decide la Sala recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 29 de junio de 2021 mediante la cual el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué, denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

Los señores NOLBERTO FERNANDEZ MORENO, TANIA LORENA ORTIZ MENDOZA, YENNI CRISTINA FERNANDEZ ORTIZ, CARLOS ANDRES FERNANDEZ ORTIZ, LEIDY ALEXANDRA FERNANDEZ ORTIZ, NELSON IVAN FERNANDEZ ORTIZ, ARLEX NORBERTO FERNANDEZ ORTIZ, MONICA ALEJANDRA FERNANDEZ ORTIZ, TANIA SOFIA FERNANDEZ ORTIZ, FELIZ ROBERTO FERNANDEZ HERRERA Y ROSALBA MORENO DE FERNANDEZ, actuando a través de apoderado judicial, formulan demanda de Reparación Directa contra la NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, con el fin que se declaren administrativa y solidariamente responsables por la presunta privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO, durante el periodo comprendido entre el 15 de julio de 2009 y el 12 de noviembre de 2009.

Para lo cual eleva las siguientes pretensiones:

PRETENSIONES

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

1. Que la FISCALIA GENERAL DE LA NACION y la RAMA JUDICIAL son administrativamente responsables por los perjuicios del orden material, moral y daño a los bienes constitucionales y legales causados a los demandantes como consecuencia de la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO lo cual no tenía por qué soportar.
2. Condenar en consecuencia a las demandadas a pagar a los demandantes o a quien represente legalmente sus derechos, a título de reparación o indemnización, los siguientes perjuicios del orden material y moral y daño a los bienes constitucionales y leales
3. Que la condena respectiva será reajustada en la forma prevista en el artículo 187 del CPACA y de conformidad al IPC desde la fecha del hecho hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.
4. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

HECHOS

PRIMERO: El señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO fue privado de su libertad del día 15 de julio de 2009 al 12 de noviembre de 2009 generando perjuicios del orden material, moral y Constitucionales a todos los demandantes, dicha privación de la libertad se da por solicitud de la Fiscalía 28 Seccional de Chaparral y avalada por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Chaparral en función de control de garantías.

SEGUNDO: La Fiscalía 28 Seccional de Chaparral ante el Juez Segundo Penal Municipal de Chaparral en función de control de garantías, hace imputación en contra de NOLBERTO FERNANDEZ MORENO por el delito de Rebelión.

TERCERO: Ante el Juez Segundo Penal del Circuito de con Funciones de Conocimiento de la ciudad de Ibagué, la Fiscalía delgada presentó escrito de acusación en contra del señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO por el punible de Rebelión

CUARTO: El día dieciséis (16) de julio de 2016 se realiza la audiencia de juicio oral ante el Juez Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la ciudad de Ibagué dentro del radicado número 73001-6000-450-2009-000182 y número Interno10529 seguido en contra de EDWIN NOLBERTO FERNANDEZ MORENO y Otros por el delito de Rebelión.
QUINTO: El Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la ciudad de Ibagué el día 16 de julio de 2016 dicta

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

sentencia de carácter absolutorio a favor de NOLBERTO FERNANDEZ MORENO y Otros.

SEXTO: Fue la misma Fiscalía luego de someter a NOLBERTO FERNANDEZ MORENO a un proceso judicial por casi siete años la que solicita la absolución de los procesados al no contar con ningún elemento probatorio.

SEPTIMO: En la sentencia absolutoria claramente se expresa por parte del juzgador que los procesados NO desplegaron conductas típicas que se adecuaban al delito de rebelión, por ende no existe responsabilidad penal alguna; el Juez de la causa en algunos de sus apartes señala lo siguiente con lo cual se evidencia lo injusto de la privación y sometimiento a un proceso de NOLBERTO FERNANDEZ MORENO

OCTAVO: El señor Edwin Humberto Medina Ríos estuvo sometido a una privación jurídica de la libertad por espacio de 6 años y 8 meses, lo cual le generó a todos los demandantes perjuicios del orden moral, que no tenían porque soportar y que han sido reconocidos reiteradamente por el honorable Consejo de Estado.

NOVENO: Existe relación de causalidad entre los hechos que derivan la responsabilidad de las demandadas, y el daño causado a los demandantes.

DECIMO: El demandante NOLBERTO FERNANDEZ MORENO y TANIA LORENA ORTIZ MENDOZA contrajeron matrimonio el 16 de enero de 2010, siendo previamente compañeros permanentes por más de diez años. (...)

CONTESTACIÓN DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS

NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Dentro del término de traslado, se pronunció la entidad accionada, por conducto de apoderado judicial, realizando un recuento sobre la responsabilidad estatal frente a la privación injusta de la libertad señalando que ha sido objeto de diversas interpretaciones por parte del Consejo de Estado, tomando como punto de partida el artículo 90 de nuestra Carta Magna, pasando por la teoría de la responsabilidad subjetiva, la cual se configuraba solo si la actuación de los funcionarios judiciales se encontraba viciada por el error judicial.

Resalta, que posteriormente era necesario probar el carácter antijurídico de la medida privativa de la libertad y reconocer la antijuricidad de la misma, esto para los eventos en que la absolución se realizaba en virtud de las causales a que se refería el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, luego de

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

esto, la jurisprudencia precisó que la antijuricidad de la privación en los eventos del artículo 414 se centraba o en la ilegalidad de la conducta del agente estatal sino en la antijuricidad del daño sufrido.

Agrega, que antes de la unificación de la jurisprudencia sobre la privación injusta de la libertad realizada por el Consejo de Estado, la responsabilidad estatal frente a la privación injusta de la libertad venía reconociéndose por medio de la responsabilidad objetiva, después de la unificación, se determinó que no es viable que la interpretación de normatividad infra constitucional, como lo es el Decreto 2700 de 1991 o una ley estatutaria, pudiendo restringir los alcances que de la responsabilidad del estado, los cuales vienen determinados desde el artículo 90 de la Constitución de 1991, ya que según el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, los parámetros a los que se ciñe la responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas son los estructurados en el mencionado artículo, adicionó que, si bien es cierto que pueden ser precisados en ningún sentido pueden ser limitados.

Señala, que con fundamento en las previsiones del artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, el Consejo de Estado profirió la mencionada Sentencia de Unificación del 17 de octubre de 2013, en la que, además de lo anterior, destacó que no se requiere, ineludiblemente, la concurrencia de un error jurisdiccional o de una detención arbitraria u ordenada mediante providencia contraria la ley, para que se pueda abrir paso la declaratoria judicial de responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad de una persona, puesto que, para tal efecto, lo único que se hace menester, es que se acredite la acusación de un daño antijurídico a la persona privada de su libertad y que ese detrimento resulte imputable a la acción o a la omisión de la autoridad judicial.

Del mismo modo, señaló que en aquellos eventos en los cuales la exoneración de responsabilidad penal del sindicado privado de su libertad se sustenta en la aplicación del principio in dubio pro reo, aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso, cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que, si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos.

Por lo anterior, destacó que cuando una persona es sometida a una medida privativa de la libertad y posteriormente es absuelta, sin importar la ley penal bajo la cual se tramitó el respectivo proceso penal, o la causal por la

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

cual se profirió la absolución, habrá lugar a responsabilidad del Estado, en aplicación de la teoría del daño especial.

Sin embargo, resaltó que esta orientación jurisprudencial varió a partir de la sentencia expedida del 10 de agosto de 2015, con ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio, Rad. 54001233100020000183401 (30134), donde además de adoptar otra posición en cual el eje, está enfocado a realizar un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determinar si los argumentos que sustentan la exoneración penal, como podría ser la aplicación del *in dubio pro reo*, esconde deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son las que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación penal a su favor, también señala que si bien es cierto que el régimen de responsabilidad aplicable al caso de la persona privada de la libertad que finalmente resulta exonerada penalmente ya sea por sentencia absolutoria o su equivalente, es el régimen objetivo del daño especial el único impedimento para que concurren los elementos necesarios para declarar la responsabilidad del estado por falla del servicio, caso en el cual se determina y aconseja falla bajo el régimen subjetivo.

Por lo anterior, sostuvo que la Sala encuentra que se presenta un claro supuesto de deficiencia o insuficiencia en la valoración probatoria, lo que exige que no puede afirmarse la atribución o imputación de la responsabilidad a la entidad demandada por la simple operación del principio *in dubio pro reo*, ya que el juez administrativo debe ceñirse a los mandatos convencionales y constitucionales de la justicia material, porque si bien como se ha señalado de precedente si el mismo proceso al final llega a absolver no quiere decir que durante el transcurso del mismo “*hubo indebida detención*”.

Expuso, que el Juez con función de Control de Garantías, actuó durante el proceso penal, cumplió las funciones que le asigna la Ley 906 de 2004, las audiencias por el dirigidas fueron preliminares por cuanto él se rige y trabaja con los elementos materiales probatorios y los hechos de conocimiento, por cuanto la medida de aseguramiento obedeció a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación.

Agrega, que cuando la Fiscalía incumple sus deberes probatorios y el juez debe absolver al procesado no surge la responsabilidad del Estado respecto de la Nación-Rama Judicial, por la privación de la libertad tuvo origen en el caudal probatorio allegado inicialmente por el ente investigador, el cual

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

posteriormente no reunió los requerimientos necesarios para convertirse en plena prueba y que fuese el soporte de una decisión condenatoria.

Finalmente, propone las excepciones de inexistencia de perjuicios, ausencia de nexo causal e innominada o genérica.

FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN.

Mediante apoderada judicial, la Fiscalía General de la Nación dio contestación a la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones solicitadas en el libelo, argumentando que hay ausencia de responsabilidad de la entidad que representa, toda vez que no se evidenció una actuación arbitraria, ni mucho menos existió error judicial ni un defectuoso funcionamiento de la administración, como pretende hacer ver el demandante, por el contrario, afirmó que, las actuaciones realizadas dentro del proceso fueron conforme a lo establecido en la Constitución Política y las disposiciones legales vigentes en la época.

Expuso, que su representada tiene como misión principal dirigir, coordinar, controlar y ejercer verificación técnico científica sobre la investigación y actividades de Policía judicial, precisando que no tiene la facultad de privar a las personas, salvo las excepciones contempladas en la ley (artículo 300), pues dicha función le corresponde al Juez de Control de Garantías por solicitud del Fiscal, como se establece en el artículo 297 y siguientes, y por tal razón, en vigencia del nuevo sistema penal acusatorio, Ley 906 de 2004, las decisiones que impliquen la privación de la libertad de una persona únicamente corresponde adoptarlas a los jueces en función de control de garantías, ya sea legalizar una captura cuando ésta ha sido efectuada por otra autoridad, incluso, en aquellos casos en que el Fiscal hace uso de la facultad excepcional conferida en el artículo 300, o al ordenar la imposición de una medida de aseguramiento.

Así mismo, presentó objeción en relación al monto solicitado por la parte actora frente a los perjuicios morales, señalando la independencia del juez contencioso administrativo para fijar en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral, esto con el fin de garantizar el desarrollo uniforme de la jurisprudencia, para lo cual el Consejo de Estado brinda pautas que sirven de referencia a los juzgadores de inferior jerarquía.

Igualmente, cuestionó los daños materiales, al considerar improcedente pagar una indemnización ya que los perjuicios de orden material requieren ser probados en el transcurso del proceso, sin implicar una aceptación de la

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

responsabilidad, no obstante, esta clase de perjuicio hasta el momento no se ha demostrado.

Por último, propuso como excepciones: falta de legitimación material en la causa por pasiva, ausencia del daño antijurídico e inimputabilidad del mismo a la Fiscalía General de la Nación, inexistencia del nexo de causalidad y cumplimiento de un deber legal.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué, mediante Sentencia proferida el día 29 de junio de 2021, negó las pretensiones de la demanda, al considerar lo siguiente:

“(...) En atención al criterio jurisprudencial del órgano de cierre, para adoptar la decisión de imposición de detención, el Juez de Control de Garantías, debe “responder a la existencia física y material probatorio recogidos y asegurados, que permitan inferir razonadamente que el imputado pueda ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga; por ello, la presentación, contradicción y evaluación de elementos de conocimiento invocados por el fiscal en audiencia, no impiden que luego en la etapa de juicio sea practicadas todas las pruebas encaminadas a demostrar la responsabilidad penal de investigado”.

Es así que la verificación de estos aspectos era indispensable en el caso del señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO, y del material probatorio allegado por la Fiscalía 28 Seccional a la audiencia de preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento podía inferirse por el Juez Segundo Penal Municipal de Chaparral en Función de Control de Garantías sin mayor dificultad, y lejos de actuar de manera caprichosa o arbitraria, que era razonable la imposición de la medida de detención preventiva en el lugar de domicilio, pues estaba debidamente sustentada por el ente investigador. (...)

Adicionalmente el Fiscal calificó en la mencionada audiencia los elementos probatorios para proceder a imputar el delito de rebelión a título de dolo. -CD 5 Cuad 2 pruebas-, como fueron los testimonios de desmovilizados (CODA- Comité Operativo para la Dejación de las Armas) y los testimonios de Maximiliano Cuellar Vargas funcionario del Cuerpo Técnico de Investigación de enlace para las fuerzas militares, del Coronel Pedro Javier Rojas Oficial de Inteligencia de la Sexta Brigada, del mayor Andrés Mauricio Londoño del Batallón Caicedo, de Francisco Ramírez funcionario que realizó la captura, de José Guillermo Carrillo Diaz investigador criminalístico del CTI de Ibagué, de Fernando Arana Molano

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Investigador Criminalístico del CTI Chaparral y del Cabo Tercero William Palacio Martínez.

Lo anterior permite considerar en esta instancia que la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en el lugar de su domicilio decretada en contra del señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO resultó razonable, dado que el ente acusador contaba con elementos conducentes e inferencias razonables para solicitar la aprehensión del señor FERNANDEZ MORENO, por lo que en los términos del artículo 275 del CPP estos elementos permitían al Juez de Control de Garantías inferir que el demandante pudo ser autor del delito de Rebelión, máxime cuando en el expediente militaban sendos testimonios de desmovilizados e informes de campo.

De la valoración de la actuación procesal penal, para este despacho judicial, la medida de aseguramiento solicitada por el ente acusador en contra del demandante contaba con los presupuestos constitucionales y legales para su imposición, porque, de los elementos probatorios relacionados en precedencia, se podía partir de la calificación inicial o provisional del delito de Rebelión para inferir los fines, como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1996, bajo los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad, necesarios para desvirtuar la antijuridicidad del daño que alega la parte accionante por lo que la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en el lugar de residencia, resultaba reflexiva especialmente cuando no se interpuso recurso alguno por parte de la defensa (fl 38)

En suma, la privación de la libertad no resultó injusta y se ajustó a las circunstancias y elementos con los que contaba el ente acusador al momento de proferir decisión en tal sentido.

Ahora bien, en relación con la proporcionalidad de la decisión, se encuentra que la medida de aseguramiento impuesta al señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO no desbordó el criterio inherente a la adopción de este tipo de decisiones, toda vez que se sostuvo que las referidas declaraciones ofrecían serios motivos de credibilidad, pues los testigos narraron los hechos porque los percibieron, al haber hecho parte de la organización ilegal en comento, desmovilizados de las FARC que estaban inscritos en el CODA, condición que les permitió conocer al demandante, las actividades que realizaban al interior del grupo subversivo, las zonas donde delinquían y el lugar donde hacían presencia, aunado a las investigaciones que se habían practicado por parte de la Policía Judicial, que llevaban a un convencimiento de la autoría del delito y que resultaba adecuada con base en las pruebas legalmente producidas. Adviértase que, debido a la naturaleza del delito, le era exigible tanto al ente investigador y al juez, actuar de manera pronta y eficaz con el fin de que

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

se esclarecieran los hechos y a su vez, se garantizara que el indiciado iba a colaborar y asumir la responsabilidad penalmente.

Vale la pena recordar que el procedimiento penal cuenta con una serie de etapas sucesivas con las que se persigue llegar a un grado de certeza -más allá de toda duda razonable- acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, de forma que no puede exigirse a la Fiscalía General de la Nación o al Juez Penal que cuenten con esa certeza incluso desde la etapa investigativa inicial, luego la solicitud de absolución en etapa de juicio no implica per se la responsabilidad alegada en la demanda.

En consecuencia, el despacho advierte que la imposición de medida de aseguramiento al señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO se ajustó a los criterios establecidos en la legislación y, por tanto, no hay lugar a concluir que dicha decisión hubiese sido irracional, desproporcionada ni ilegal o constitutiva de una falla del servicio atribuible a las entidades demandadas, en tanto, quedó acreditado que al momento de la captura existían criterios para inferir que el demandante era presunto autor del delito imputado, estando más que demostrado que el ente acusador cumplió con los requisitos exigidos en los artículos 306 y ss de la Ley 906 de 2004 para imponer la medida de aseguramiento, de ahí que no sea posible endilgar responsabilidad a la FISCALIA GENERAL DE LA NACION y a la RAMA JUDICIAL.”

(...)

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de “ausencia de daño antijurídico e imputabilidad del mismo a la FGN” y “ausencia de nexo causal” propuestas por las accionadas

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante y a favor de las demandadas. Tásense.

CUARTO: FIJAR como agencias en derecho la suma \$1.562.484, que tendrá en cuenta la secretaría al momento de liquidar las costas.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte demandante, interpuso recurso de apelación, manifestando que el a quo, para negar las pretensiones

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

considero que, la medida de aseguramiento fue necesaria, adecuada, proporcional y razonable conforme las pruebas allegadas al proceso penal, sin embargo, no analizó ni tuvo en cuenta que no cualquier prueba es un indicio grave de participación o comisión de un delito y que el informe militar no constituye labor investigativa policial ya que el Ejército carece de dicha función, y la supuesta labor investigativa realizada por la fiscalía consistió únicamente en la transcripción de dicho informe, y presentación de una declaraciones juramentadas, incumpliendo así con su deber legal de investigación, pues no puede basar una imputación y menos una medida de aseguramiento en meros señalamientos que no han sido corroborados

Asegura, que dentro del proceso penal hubo una total orfandad investigativa de parte de la Fiscalía General de la Nación, lo cual conlleva a una falla en el servicio por omisión en su deber constitucional y legal investigativo, así mismo, hubo una falla en el servicio por parte de la Rama Judicial, pues el Juez penal impuso la medida de aseguramiento privativa de la libertad, sin el lleno de los requisitos, es decir, la existencia de por lo menos dos incidios graves sobre la responsabilidad del imputado, lo que acarreo un daño antijuridico al Nolberto Fernández Moreno, emergiendo la obligación de reparación por parte del Estado,

Considera, que la sentencia hoy recurrida, debe ser revocada porque: (i) desconoció el régimen objetivo de responsabilidad (ii) no hizo un análisis probatorio que permitiera concluir que, existieron más de dos indicios graves de responsabilidad contra el señor Nolberto Fernández Moreno, y (iii) no se hizo un estudio sobre el análisis que hizo el ente investigador sobre la necesidad de la medida de aseguramiento

Manifiesta, que no cualquier prueba es un indicio grave de participación o comisión de un delito, pues la prueba debe tener un gran impacto, pues de resto solo crearan sospechas sobre la culpabilidad del imputado, en nuestro caso en particular, el propio juez penal que declaro la inocencia de los acusados, indico que era evidente la orfandad probatoria por parte de la Fiscalía, sin embargo, el juez Administrativo ese dicho lo paso por alto.

Reitera que, para el momento de la imposición de la medida, solo obraba en el expediente penal un informe militar que no constituye labor investigativa policial, pues el Ejército carece de dicha función y por su parte la Fiscalía se limitó a intentar corroborar las declaraciones de los reinsertados, actuación que no fue posible, ya que no los pudieron ubicar.

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Señala, que en sede de lo Contencioso Administrativo, la imposición de las costas, no se decretan bajo la modalidad de un criterio objetivo, sino que, por el contrario, su estudio e imposición se deben a la existencia de un merecimiento, esto es a un actuar temerario, o similar de la parte condenada.

TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 27 de octubre de 2021, se admitió el recurso de apelación instaurado por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 29 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué que negó las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

PARTE PROCESAL - COMPETENCIA

Es competente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para resolver la presente controversia, tal como lo señala el art. 153 de la Ley 1437 de 2011.

ESTUDIO SUSTANCIAL

El marco de competencia de esta segunda instancia, se circunscribe a los argumentos de la apelación expuestos por la parte demandante, razón por la cual, corresponde a esta Corporación, abordar el análisis del mismo, en la medida de determinar si fue procedente negar las pretensiones de la demanda.

PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER

Corresponde a esta Corporación entrar a determinar si efectivamente estuvo acertada la decisión del A Quo, al haber negado las pretensiones de la demanda, o si por el contrario, como lo alega el recurrente se debe declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la **NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y LA RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**, por la presunta privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO, y por ende hay lugar al reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales deprecados por los actores.

FUNDAMENTOS NORMATIVOS

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Para la fecha en la cual los accionantes sufrieron la privación de la libertad, las fuentes normativas relacionadas con la responsabilidad patrimonial del Estado, por falla del servicio judicial, lo eran la Constitución de 1991, que establece en el artículo 90, que: *“El Estado deberá responder patrimonialmente de los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de las autoridades públicas”*.

Por su parte, la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, reguló la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales, respecto de los cuales estableció, que: *“El Estado deberá responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputable, causados por la acción y 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”* (Art. 65).

En el mismo sentido, la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, atribuye la acción penal al Estado por intermedio de la Fiscalía General de la Nación y sus atribuciones en virtud a ella:

“Artículo 66. Titularidad y obligatoriedad. El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código.

No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías.

Artículo 114. Atribuciones. La Fiscalía General de la Nación, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tiene las siguientes atribuciones:

- 1. Investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito.*
- 2. Aplicar el principio de oportunidad en los términos y condiciones definidos por este código.*
- 3. Ordenar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, y poner a disposición del juez de control de garantías los*

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

elementos recogidos, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

4. Asegurar los elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando su cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción.

5. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente ejerce su cuerpo técnico de investigación, la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

6. Velar por la protección de las víctimas, testigos y peritos que la Fiscalía pretenda presentar.

La protección de los testigos y peritos que pretenda presentar la defensa será a cargo de la Defensoría del Pueblo, la de jurados y jueces, del Consejo Superior de la Judicatura.

7. Ordenar capturas, de manera excepcional y en los casos previstos en este código, y poner a la persona capturada a disposición del juez de control de garantías, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

8. Solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.

9. Presentar la acusación ante el juez de conocimiento para dar inicio al juicio oral.

10. Solicitar ante el juez del conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando no hubiere mérito para acusar.

11. Intervenir en la etapa del juicio en los términos de este código.

12. Solicitar ante el juez del conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto.

13. Interponer y sustentar los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión en los eventos establecidos por este código.

14. Solicitar nulidades cuando a ello hubiere lugar.

15. Las demás que le asigne la ley.”

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Ahora bien, para la legalización de la captura, la medida de aseguramiento y la acusación, debe realizarse el siguiente trámite por la Fiscalía ante el juez de control de garantías y el de conocimiento, conforme la misma Ley 906 de 2004:

“ARTÍCULO 297. CAPTURA. REQUISITOS GENERALES. Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

El fiscal que dirija la investigación solicitará la orden al juez correspondiente, acompañado de la policía judicial que presentará los elementos materiales probatorios, evidencia física o la información pertinente, en la cual se fundamentará la medida. El juez de control de garantías podrá interrogar directamente a los testigos, peritos y funcionarios de la policía judicial y, luego de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano.”

Capturada la persona será puesta a disposición de un juez de control de garantías en el plazo máximo de treinta y seis (36) horas para que efectúe la audiencia de control de legalidad, ordene la cancelación de la orden de captura y disponga lo pertinente con relación al aprehendido.

“PARÁGRAFO. Salvo los casos de captura en flagrancia, o de la captura excepcional dispuesta por la Fiscalía General de la Nación, con arreglo a lo establecido en este código, el indiciado, imputado o acusado no podrá ser privado de su libertad ni restringido en ella, sin previa orden emanada del juez de control de garantías.

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.

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

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

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.*

ARTÍCULO 336. PRESENTACIÓN DE LA ACUSACIÓN. El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. (Negrilla fuera del texto)”

DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

Resulta conveniente precisar que la responsabilidad del Estado como consecuencia de la privación injusta de la libertad ha presentado ciertas variaciones, las cuales se sintetizan a continuación:

En una primera etapa, se consideró que la responsabilidad del Estado Colombiano por la privación injusta de la libertad era de índole subjetivo, por lo cual, la constitución o concreción de dicha responsabilidad se encontraba sometida a que la decisión judicial de privación de la libertad cumpliera con la característica de ser abiertamente ilegal o arbitraria, en otras palabras, debía probarse la existencia de un error judicial.¹

Circunstancia que se presentaba, verbigracia, cuando se practicaba una detención ilegal o cuando la misma se producía, sin que la persona se encontrara en flagrancia y que por tales motivos se hubiera adelantado una investigación penal.

En un segundo periodo, el órgano de cierre de nuestra Jurisdicción consideró que existía una carga probatoria del actor tendiente a demostrar el carácter

¹ Véanse entre otras Consejo de Estado Sección Tercera sentencia del 1º de octubre de 1992, Consejo Ponente Dr. Daniel Suarez Hernández Expediente. 10923 - Consejo de Estado Sección Tercera sentencia del 2 de mayo del 2007- Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez Expediente 15989.

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

injusto de la privación en aras de obtener el resarcimiento de los perjuicios causados. En consecuencia, resultaba necesario acreditar la privación injusta por fuera de los términos establecidos en el artículo 414 del antiguo Código de Procedimiento Penal.

En la tercera etapa, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo venía sosteniendo que en los casos en que una persona era detenida preventivamente, por disposición de una autoridad judicial, y luego recuperaba la libertad, bien porque resultaba absuelta bajo supuestos de que **(i)** el hecho no existió, **(ii)** el sindicado no lo cometió, **(iii)** la conducta no era constitutiva de hecho punible o **(iv)** en aplicación del **principio in dubio pro reo**, inmediatamente surgía un daño que esa persona no estaba en la obligación de soportar y que, por tanto, el Estado era patrimonialmente responsable, en aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad bajo el título de daño especial. Esto, sin importar si el agente judicial actuó o no conforme a la ley, por cuanto estaban en juego derechos y principios de estirpe constitucional como la libertad personal y la presunción de inocencia, la cual, al no ser desvirtuada por el Estado, tornaba en injusta la privación².

El Consejo de Estado profirió la providencia del 06 de agosto de 2020, dentro del expediente con radicado No. 66001-23-31-000-2011-00235-01 (46.947), Consejero Ponente: José Roberto Sáchica Méndez, expresó que con el fin de determinar si un daño podía catalogarse como antijurídico y adicionalmente, ser imputable a la administración, resultaba necesario examinar el **carácter injusto de la privación de la libertad**, a la luz de los criterios de **razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento**, puesto que, el hecho que una persona resultara privada de la libertad y a la postre, terminara con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, sino que era imprescindible, determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración. En tal sentido, indicó:

“Establecido lo anterior, es necesario verificar si el daño es imputable o no a las demandadas. La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-037 de 1996, analizó la constitucionalidad de, 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

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre del 2006, expediente No. 13468. Reiterada en sentencia de unificación de 17 de octubre del 2013, expediente No. 23354

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

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 6o, 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 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”.

De conformidad con el criterio expuesto por dicha Corporación, 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, pues de no serlo, se puede llegar a comprometer la responsabilidad del Estado

Concordante con lo anterior, la Corte Constitucional señaló en la sentencia SU-072 de 201861, 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- establece un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad; entonces, el juez es quien, en cada caso, debe realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada, o en otros términos, si devino o no en injusta. (...)

Así las cosas, el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del 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.

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Como se advirtió en precedencia, el daño es el primer elemento que debe acreditarse en el análisis de imputación, por cuanto constituye la causa de la reparación; no obstante, pese a su existencia, es posible que no haya lugar a declarar la responsabilidad estatal, en las hipótesis en que “existe pero no se puede atribuir al demandado (...), el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre.”

Dicha posición ha sido reiterada en reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, a través de la sentencia de fecha 09 de octubre de 2020, proferida dentro del proceso con radicación: 25000232600020110099001 (52.133), CP: Ramiro Pazos Guerrero, donde dijo:

“Es preciso advertir que esta medida debía estar debidamente justificada por tratarse de un instrumento que restringe el derecho fundamental a la libertad.”

Ahora bien, resulta conveniente precisar que dentro de los análisis recientes efectuados por el Consejo de Estado³ acerca de privación injusta de la libertad, han sido concordantes con los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU-072 del 05 de julio de 2018⁴, dentro de la cual se precisó que en materia de reparación directa era aceptable la aplicación del principio “*iura novit curia*”, de acuerdo con las particularidades de cada caso, toda vez que definir de manera rigurosa un solo título de imputación para este tipo de casos contravendría la interpretación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y del régimen general de responsabilidad estatal del artículo 90 de la Constitución Política.

Así mismo, el Alto Tribunal Constitucional señaló que en determinados eventos, entre los cuales se hace referencia a la **absolución por in dubio pro reo**, y a aquellos en los cuales se declaró atipicidad subjetiva, la aplicación automática de un régimen de responsabilidad objetiva, sin que medie un razonamiento sobre si la privación de la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, vulnera el precedente constitucional con efectos erga omnes, esto es la sentencia C-037 de 1996.

Como fundamento de lo anterior, argumentó que el artículo 68 de la Ley 2070 de 1996, impone al Juez Administrativo que al momento de definir si una privación de la libertad es injusta o no, independientemente del título de imputación que se elija aplicar, debe considerar si las decisiones

³ Ver sentencias Consejo de Estado – Sección Tercera 07001-23-31-000-2009-00057-01(54760) del 25 de julio de 2019, 7600-23-31-000-2009-00642-01 (53764) del 20 de febrero de 2020.

⁴ Corte Constitucional, sentencia SU 072/18 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

adoptadas por el funcionario judicial se enmarcan en los presupuestos de “razonabilidad, proporcionalidad y legalidad”. Al respecto, señaló el Alto Tribunal Constitucional lo siguiente:

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

La Corte Constitucional en sentencia T-045/21 del 25 de febrero de 2021, MP: José Fernando Reyes Cuartas, se pronunció sobre la responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad, donde indicó:

*“(…) La Corte Constitucional y el Consejo de Estado exigen, como primer requisito para declarar la responsabilidad por privación injusta de la libertad, la demostración del daño antijurídico. En efecto, **la privación de la libertad dentro de un proceso penal que termina con una sentencia absolutoria no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, pues se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable** a la administración. Así, el daño es antijurídico cuando la orden de restricción devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.”* (Negrilla y subraya fuera del texto original)

A su vez, en reciente pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de fecha 19 de noviembre de 2021, proferida dentro del proceso con radicación: 18001-23-31-000-2009-00129-01(50697), CP: Martín Bermúdez Muñoz, donde reiteró que la medida de aseguramiento debía estar debidamente justificada, exponiendo su necesidad de imponer la medida y acreditándose que cumplió con los requisitos, por tratarse de un instrumento que restringe el derecho fundamental a la libertad, para lo cual precisó:

“(…) PROCEDENCIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / REQUISITOS DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Incumplimiento

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

En vigencia de la Ley 600 de 2000, momento en el que se dispuso detener a la víctima directa del daño, los requisitos legales que debían cumplirse para adoptar tal medida estaban previstos en sus artículos 355, 356 y 357, y eran los siguientes: La procedencia de la medida según el tipo de delito imputado (art. 357). La existencia de <<por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso>> (art. 356). La existencia de medios de prueba que permitieran deducir que la medida era necesaria <<para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria>> (art 355). En este caso no se cumplieron dichos requisitos.

FUENTE FORMAL: LEY 600 DE 2000 - ARTÍCULO 355 / LEY 600 DE 2000 - ARTÍCULO 356 / LEY 600 DE 2000 - ARTÍCULO 357

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Debe exponerse la necesidad

Al momento de dictar la medida de aseguramiento la Fiscalía debía exponer las razones por las cuales se encontraban cumplidos los propósitos legales de la detención preventiva, lo cual no se hizo. El análisis de este aspecto es lo que le permite al juez administrativo determinar si la detención de la víctima directa del daño fue una determinación no solo legal sino adecuada, proporcional y razonable. No se trata de saber simplemente si existían indicios de responsabilidad que pudieran justificar la imposición de una sanción en su contra: **se trata de determinar si existían razones que justificaran mantenerlo privado de la libertad durante el proceso.** En la providencia en la que se dispuso la detención preventiva del demandante (...) era necesario determinar si la medida se justificaba en los términos antes indicados. Sin embargo, en la Resolución del 13 de abril de 2004 la Fiscalía únicamente hizo referencia a los medios de pruebas que valoró para imponer la medida de aseguramiento, pero no expuso ninguna consideración, general ni particular, sobre su necesidad. (...)" (Negrilla y subraya fuera del texto original)

Conforme a lo expuesto, se observa que, tanto en la jurisprudencia del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, se establece que en eventos de privación injusta de la libertad no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo u objetivo; sin embargo, cualquiera que sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, **si la medida fue razonable y proporcionada.**

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

CASO CONCRETO

Hechas las anteriores precisiones y con el fin de abordar integralmente la problemática del presente asunto, la Sala analizará la demostración del daño, al ser el primer elemento que debe estudiarse para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado. Una vez establecida la alegada afectación de los intereses de la parte demandante, posteriormente, se entrará a determinar la posibilidad de imputarla a las entidades demandadas.

1. EL DAÑO

En el caso bajo estudio, se aprecia que el daño alegado por la parte demandante se concreta en la privación de la libertad del señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO, sufrida en el marco del proceso penal adelantado en su contra por el delito de “REBELION”, razón por la que fue capturado, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de residencia, por el periodo comprendido entre el **15 de julio de 2009 y el 12 de noviembre de 2009**

2. DE LA IMPUTACIÓN

Una vez establecida la existencia del daño, procede la Sala a verificar si el mismo tiene la connotación de antijurídico y, además, si resulta imputable a las entidades accionadas.

Como se indicó anteriormente, el Consejo de Estado en providencia del 06 de agosto de 2020, proferida dentro del expediente con radicado No. 66001-23-31-000-2011-00235-01(46.947), Consejero Ponente: José Roberto Sáchica Méndez, expresó que con el fin de determinar si un daño podía catalogarse como antijurídico y adicionalmente, ser imputable a la administración, resultaba necesario examinar el **carácter injusto de la privación de la libertad**, a la luz de los criterios de **razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento**, puesto que, el hecho que una persona resultara privada de la libertad y a la postre, terminara con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, sino que era imprescindible, determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

En este orden de ideas, valorado en su conjunto los elementos materiales probatorios obrantes en el expediente, se advierte lo siguiente:

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

De conformidad con la imputación realizada por la Fiscalía 28 Seccional al señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO y otros, le fue solicitada orden de captura atendiendo informe en donde 5 desmovilizados de las FARC dan cuenta que el demandante es comandante de las milicias de las FARC, efectúa reuniones en la Escuela por parte de la guerrilla, es camarada de Pipas y Walter, trabaja en Isagen, se conoce como miembro activo de las FARC, les consigue explosivos y municiones, otro lo distingue como miembro activo de las FARC, cargando un radio y es quien les comunica quién entra y sale, es presidente de la Junta de Acción Comunal de la vereda el Escobal. Así mismo, que hace parte de la estrategia política de las FARC, organiza paros y convence a los muchachos para reclutarlos.

Se adujo que la razón que dio origen a la actuación penal, obedeció a que mediante informe ejecutivo FPJ-3 de la Policía Judicial No caso 731686000451200900182 del 7 de mayo de 2009 dirigido al Fiscal 28 Seccional Chaparral - Tolima, se indicó que el demandante señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO era integrante del grupo guerrillero al margen de la ley frente 21 de las FARC, como una de las personas que se encargaba de ayudar a realizar labores de inteligencia en contra del Ejército Nacional, conseguir dineros, intendencia, guarda de explosivos entre otras.

El 10 de julio de 2009, el Juez Primero Penal Municipal con función de control de garantías expidió orden de captura y el señor Nolberto Fernández Moreno se hizo presente ante la Fiscalía en cumplimiento de la correspondiente orden, siendo legalizada en audiencia celebrada el 15 de julio de 2009, habiéndole imputado el delito de Rebelión.

Dentro de la misma audiencia, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de residencia, dando aplicación a los criterios del derecho a la libertad, la seguridad pública y el principio de mínima restricción pues se presentó voluntariamente presumiéndose que no evadiría el accionar de la justicia.

La medida de aseguramiento, se fundó, en *“el Informe Ejecutivo -FPJ-3 de la Policía Judicial No caso 731686000451200900182 del 7 de mayo de 2009 dirigido al Fiscal 28 Seccional Chaparral - Tolima, DELITO. REBELION. LUGAR DE LOS HECHOS. Localidad. CHAPARRAL ZONA RURAL VEREDA SAN JOSE DE LAS HERMOSAS, SANTA BARBARA, ESCOBAL ETC. NARRACION DE LOS HECHOS. Por fuente humana del Ejercito se informa de la participación de los señores NORBERTO FERNANDEZ MORENO y otros como integrante del grupo guerrillero al margen de la ley frente 21 de las FARC, en diferentes modalidades, persona que se encarga de ayudar a realizar labores de*

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

inteligencia en contra del Ejército, conseguir dineros, intendencia, guarda explosivos y se comunica vía celular con los comandantes de dicho grupo, utilizando varias fachadas, delinquiendo en toda la jurisdicción de Chaparral Tolima (...) DATOS DE LOS TESTIGOS. EDUAR GILBERT OVALDERRAMA GOMEZ, JAVIER ARAGON (...) ANEXOS. 1. INFORME DEL EJERCITO”.

Atendiendo dicho informe, se emitió el Oficio No 0006MD-CGFFMM-CE-DIV5-BR6-B2 de fecha 6 de mayo de 2009 dirigido al Investigador Criminalístico II enlace CTI-BR6:

“Asunto: Listado personal para judicializar, me permito presentar al señor Enlace CTI-BR6 información recolectada por esta sección, en la cual se expresa la participación activa de varias personas que presuntamente hacen parte de la red de milicias de la cuadrilla 21; el PC3 (Partido Comunista Clandestino Colombiano) y el MB (Movimiento Bolivariano por la Nueva Colombia); estos dos últimos, apéndice político y partido político clandestino de las FARC, respectivamente” y pone a disposición los datos de los testigos: EDUAR GILBERTO VALDERRAMA GOMEZ, JABIER ARAGON RAMIRE, ORTUBAY ORTIZ GONZALEZ y DIANA MONICA SANTACRUZ OVIEDO; quienes según la misiva estaban dispuestas a declarar bajo la gravedad del juramento, todo lo que conocían acerca de las presuntas actividades ilícitas, que llevaban a cabo las personas nombradas en las respectivas entrevistas, y que presuntamente eran las responsables de, entre otras: actividades de reclutamiento de menores, narcotráfico, tráfico de material de guerra, intendencia y explosivos, suministro de información tendiente a facilitar secuestros y extorsiones; recolectar información para perpetrar atentados terroristas contra la Fuerza Pública y los organismos de seguridad e investigación del Estado.

*(...) **EDUAR GILBERTO VALDERRAMA GOMEZ...alias CONEJO,** desmovilizado quien perteneció a las milicias bolivarianas de la cuadrilla 21 de la ONT-FARC, y se presentó voluntariamente ante tropas del batallón de contraquerrilla No 31. Este ex guerrillero, manifiesta conocer al sujeto NORBERTO FERNANDEZ MORENO, conocido en la guerrilla con el alias de checo, afirma que este sujeto trabaja en “ASOHERMOSAS” como miembro Junta Directiva, la oficina queda en Chaparral .. y se desempeña como cabecilla de las milicias del corregimiento de San José de las Hermosas y las veredas de San Pablo, La Marina, Alemania, San José, Escobar, Naranjales, Recreo, Santa Barbara, Rio Negro, Holanda. Porta una pistola 9 mm, niquelada sin papeles, tres proveedores de 9 cartuchos, a veces utiliza*

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

el camuflado pinta vieja y armamento de largo alcance; reside en Chaparral en el Barrio El Edén, casa de material, puertas color café de hierro, ventanas rojas de hierro, según el desmovilizado, cumple entre otras las siguientes actividades delictivas:

- Es el encargado de revisar las hojas de vida para trabajar a ISAGEN, y si ingresa algún militar, le comunica a los terroristas de la cuadrilla 21.

- Lleva a los campamentos niñas menores de edad de los colegios Santa Luisa, Carmenza Rocha, cuyos nombre son MARITZA de 15 años y DORIS 16 AÑOS, y las presenta a los principales cabecillas del frente 21 alias MARLON, GIOVANNY , PIPAS, FRANKY y SALCEDO, y también para los guerrilleros rasos. Este sujeto, las transporta hasta las veredas Tequendama y Escobal, propiamente a la finca del miliciano (a. Checo) posteriormente a caballo hasta los campamentos. Los fines de semana permanecen hasta tres días, finalmente él personalmente las recoge y las conduce hasta Chaparral. El "gancho" que utiliza, es su propia hija que es la encargada de hablar con las mamás, para obtener el permiso.

- Alias CHECO, se encarga de ubicar a la tropa, para suministrar información a los terroristas.

En diligencia de declaración jurada de fecha 27 de mayo de 2009 realizada al señor Ortubay Ortiz González en la pregunta. Qué conocimiento tiene del señor Norberto Fernández Moreno alias " Checo ", con respecto a su actividades como miembro del 21 frente de las FARC. Contesto:" Primero la relación simple vista del cual lo veía uno vinculado frecuentemente con dichos comandantes de la guerrilla, era el encargado de la región de llevar políticos a que hicieran acuerdos para poder surgir en las campañas políticas,' también él es el encargado de comunicar a los comerciantes del municipio de Chaparral para " que participen en leyes que hacia la guerrilla, también tuve conocimiento que era la persona encargada de manejar los programas de diferentes corporaciones y empresas bajo la ley que estos delincuentes decían ordenar. Por varias ocasiones este señor me invitó a que formara parte bien sea como célula, o bien sea como yo tenía conocimiento en la parte de dirigente comunal, para llevar a las comunidades dichas políticas provenientes de esta organización, en una ocasión me contó que había ingresado a cinco jóvenes a formar parte del movimiento guerrillero provenientes de la vereda El Escobal, tres mujeres y dos hombres los chinos se llaman Juan Carlos alias" Catarola " Fabio hermano de alias" Catarola " las niñas una hija de Yarlenis Ortiz, la otra hija de Isabel Poloche y la última hija de alias" Tribilin " . Norberto me dijo que él los había ingresado al 21 frente,

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NORBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

que lo que pasaba es que la vereda a la que yo pertenecía, no salía gente para formar parte del 21 frente, también me dijo que ese frente había que fortalecerlo; también me invitó el señor Norberto Fernández que formara parte de la asociación ASOHERMOSAS

*En diligencia de declaración jurada de fecha 28 de mayo de 2009 realizada al señor **Eduar Gilberto Valderrama Gómez**, en la pregunta. Que conocimiento tiene del señor Norberto Fernández Moreno alias "Checo", con respecto a su actividades como miembro del 21 frente de las FARC. Contesto: "Yo sé que él es comandante de milicias, es el hombre que hace reuniones en la escuela en veces por parte de la guerrilla, les 'lleva algún tiempo la leña al camarada PIPAS y Walter, le ayuda mucho a la guerrilla, les da posada, les da comida, juega gallos con ellos y es muy importante para las FARC, porque en este momento trabaja en ISAGEN revisando las hojas de vida de las personas, recibe las hojas y se da cuenta que personas del gobierno trabajan y sube y les avisa a la guerrilla; yo lo conozco desde hace unos 15 años y siempre ha trabajado con la guerrilla, carga una pistola y siempre ha sido el informante de ellos, va a los campamentos, les consigue -explosivos y munición, mantiene su buen carro. El habla de la política de las que aconseja a la juventud, dice que las FARC a cualquier momento manejaran el poder, que luchan por reventar a Uribe".*

*En diligencia de declaración jurada de fecha 01 de junio de 2009 realiza al señor **Javier Aragón Ramírez**, en la pregunta. Que conocimiento tiene del señor Norberto Fernández Moreno alias "Checo", con respecto a su actividades como miembro del 21 frente de las FARC. Contesto: "Si lo conozco, el hace actividades en las veredas por mando de MARLON, como reuniones hablando a favor de la guerrilla, lo que he escuchado por los mismos miembros de la guerrilla, compañeros de la guerrilla que les: Subía explosivos; cuando van a sancionar a una persona o a matar una persona, él está al frente de eso,- si el da la orden la orden se le cumple, él trabaja en Chaparral en ASOHERMOSAS, él, es el que recibe las hojas de vida, las repara para poner a trabajar en el proyecto de ISAGEN, él es el que mira que gente entra a trabajar o no, mira lo conveniente para la guerrilla, de resto no deja entrara a nadie más".*

*En diligencia de declaración jurada de fecha 03 de junio de 2009 realizada a la señora **Diana Mónica Santacruz Oviedo** en la pregunta Que conocimiento tiene del señor Norberto Fernández Moreno alias "Checo", con respecto a su actividades como miembro*

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

del 21 frente de las FARC. Contesto: "Si lo conozco, si claro él es miembro de las FARC, el carga radio y comunica quien entra, quien sale, les colabora en todos los sentidos, es miliciano así tenga esposa e hijos el colabora con la guerrilla, él tiene una finca en el Escobal,- tiene casa en el Edén en Chaparral, es presidente de la junta de alción comunal del Escobal y pertenece a algo de ASOHERMOSAS, yo tengo entendido que le pide plata a los fincarios para un proyecto de la vereda y se la roba, la gente está furiosa por eso, porque esa plata se queda con él. Yo lo conozco hace unos 15 años y como miliciano lo conocí mientras estuve yo".

En declaración jurada de fecha 23 de julio de 2009 realizada al señor Herminzo Yate García en la pregunta Que conocimiento tiene del señor Norberto Fernández Moreno alias "Checo", con respecto a su actividades como miembro del 21 frente de las FARC. Contesto: "Si lo conozco si hace parte de las FARC, él es el Jefe de la Célula Clandestina de las FARC o el Movimiento Bolivariano es la persona que se presta a las FARC para cualquier tipo de información que se pudiera recoger en la ciudad, como es el caso de la hija del alcalde que secuestraron, el caso era que Norberto iba mucho donde Marlon y estaba incluido en esa inteligencia, porque yo escuche decir un día cuando yo iba a presentar la lista de una remesa, le estaba planteando a Marlon, del secuestro del alcalde de Chaparral, Marlon le decía algo de eso del secuestro y Checo le decía a porque mejor no secuestraba a la muchacha la hija que dolía más y pagaba más ligero (...)

En diligencia de declaración jurada de fecha 30 de julio de 2009 realizada al señor, Luis Vicente Capera Remigio en la pregunta Qué relación tenía Norberto Fernández con la guerrilla en el tiempo que lo conoció usted, hasta el tiempo que decidió usted desmovilizarse. Contestó: "Tenia buena confianza, era una de las personas que iba directamente al mando, sabia o tenía información donde estaban, a mi no me comento que me metiera a la guerrilla (...)

En diligencia de declaración jurada de fecha 06 de agosto de 2009 realizada al señor Raúl Agudelo Medina en la pregunta Qué conocimiento tiene del señor Norberto Fernández Moreno alias "Checo", con respecto a su actividades como miembro del 21 frente de las FARC. Contesto: " De él lo conocí en el año 2000, yo tuve una estrecha relación con él, lo conocí a él como coordinador de milicias de San José de las Hermosas del Frente 21 de las FARC, él vive en la vereda El Escobal arriba del Salado, estuve varias oportunidades en

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

su propia casa, en una ocasión me invito a unos cumpleaños de él mismo, se hizo una fiestecita en su casa en la vereda El Escobal al lado de la escuela, él también tiene una finca por los lados de Tequendama, durante mucho tiempo fue el mayor cultivador de amapola en la región el sembraba amapola para el Frente 21 de las FARC él era el plantero de muchos campesinos para seguir expandiendo el trabajo del cultivo de amapola, la relación de los dos se hizo más estrecha porque a él Marlon lo asigno junto con Donal para realizar el trabajo del Partido Comunista Clandestino o PC3 ha sido un dirigente muy importante del Partido Comunista Clandestino en Chaparral, él hacía parte o hizo parte en su momento en la dirección de dicho partido a nivel del departamento del Tolima, él desde allí impulso la creación de un trabajo que las FARC oriento que consistía en crear una manejar fachada o una ONG (...)

Con las anteriores declaraciones juramentadas, la Fiscalía consideró que existía suficiente apoyo probatorio para imponer la medida de aseguramiento, y la imputación realizada a título de autor del presunto punible de Rebelión.

Cerrada la investigación y al efectuarse la calificación del acervo probatorio, el 14 de octubre de 2011, se realizó la audiencia de acusación en contra del señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO.

Mediante sentencia de 16 de julio de 2016, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento absolvió al demandante, al indicar:

“(...) Efectivamente, aquí podemos concluir que si bien es cierto que los encartados, para la época de los hechos, desplegaron sendas conductas, naturalistamente entendidas, también lo es que las mismas ni siquiera pueden catalogarse de típicas.

En este caso. no podemos pregonar la existencia por parte de los encartados en la conducta típica tal como lo reclaman los principios rectores del Código Penal. Sin este presupuesto dogmático no se puede inferir responsabilidad penal alguna, máximo que no solo basta con la aludida exigencia, sino que la misma debe satisfacer los demás presupuestos objetivos del tipo, también subjetivos, avanzar hacia la lesión o peligro del bien jurídicamente tutelado, y concluir en la culpabilidad como reproche por tener la persona la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta o de determinarse conforme a ese entendimiento, pudiéndosele por ende exigir una conducta ajustada a derecho.

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Al respecto concurrió a declarar únicamente como prueba de cargo el gerente del caso, investigador de policía judicial del CTI, John Fredy Olaya Montero, quien sobre los hechos materia de juzgamiento claramente manifestó no constarle nada acerca de la conducta punible que se les atribuye a los encartados.

Realmente del testimonio del aludido deponente no se infiere que los encartados para la apoca de los hechos, hayan intervenido efectivamente, como miembros activos de las FARC-EP, en el delito de Rebelión, ya fuera como cómplices o autores, en actividades de combate o batalla, logístico o inteligencia.

No se puede vislumbrar en momento alguno de la citada declaración, una conducta claramente típica por parte de los acusados, atentatoria del orden constitucional o legal vigente.

Tampoco se dijo por parte del declarante que actividad concreta cumplían los acusados al interior del grupo rebelde de las FARC. cuyo silencio es coherente con su atestación de no constarle directamente nada sobre los hechos juzgados, ya que simplemente se limitó a referir en la audiencia del juicio oral que se pasaron unos informes de batalla y con ellos se desplego la correspondiente indagación, la cual concluyo con la imputación de cargos.

(...) Realmente se observa orfandad probatoria en este proceso, y más de cargo; ya que recuérdese, la fiscalía es quien tiene el peso de la carga de la prueba incriminatoria, máxime si se tiene en cuenta que solamente se cuentan con informes de batalla de la autoridad militar, los cuales ni siquiera constituyen labores investigativas de policía judicial, ya que recuérdese, las fuerzas militares no tienen funciones de policía judicial.

Y es más, en esta actuación, ni siquiera se ha hablado por parte de la fiscalía de entrevistas, he de ahí uno de los motivos por los cuales se rechazó su pretensión de prueba de referencia, sino de simples informes de batalla emanados de la Sexta Brigada del Ejército, concretamente del Batallón Caicedo de Chaparral (Tol), por lo que realmente razón le asiste a todos los intervinientes en cuanto no se da cuenta en este proceso de una conducta típica desplegada por los acusados.

Mírense que han trascurrido 7 años desde la ocurrencia de los hechos, y ni siquiera contamos en la actuación con una entrevista que nos

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

indicara, por lo menos sumariamente, que los aquí procesados eran miembros, para la época de los hechos, de las FARC-EP, por lo cual se les absolverá de los cargos por los cuales los convocó la fiscalía

Efectuadas las precisiones anteriores, se vislumbra que el señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO fue investigado por el delito de rebelión

Ahora bien, como se explicó anteriormente, el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del 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.

El presente caso, se tramitó bajo los postulados de la Ley 906 de 2004, que establece en el artículo 308 los requisitos para que se decrete la medida de aseguramiento:

“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.”*

Adicional a lo anterior, el artículo 313 de la Ley 906 de 2004 regula la procedencia de la detención preventiva, para lo cual indicó:

“ARTÍCULO 313. PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. <Artículo modificado por el artículo 60 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> 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.*

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

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.*
4. *<Inciso CONDICIONALMENTE exigible> <Numeral modificado por el artículo 7 de la Ley 1826 de 2017. Rige a partir del 12 de julio de 2017, consultar en Legislación Anterior el texto vigente hasta esta fecha. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.”*

Pues bien, se advierte que la actuación tanto de la Fiscalía que fue quien solicitó la imposición de la medida de aseguramiento, así como el Juez de Control de Garantías conllevaron a que se privara de la libertad al señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO, por el lapso comprendido entre el **15 de julio de 2009 y el 12 de noviembre de 2009**, tiempo durante el cual estuvo en detención preventiva en su lugar de residencia, y finalmente, dadas las circunstancias, el proceso penal culminó con sentencia absolutoria.

Bajo esta circunstancia, estima la Sala que, en principio, no es posible exigirle al demandante que asumiera la investigación penal durante el tiempo que permaneció privado de la libertad, como si se tratara de una carga pública que estuviera en la obligación de soportar, en aras de salvaguardar la eficacia de las decisiones del Estado; motivo que conllevaría a determinar que en efecto el daño irrogado al señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO, debe ser calificado como antijurídico, y por tal razón, surgiría la obligación para la administración de resarcirle los perjuicios que dicha medida le ocasionó.

Al respecto, resulta conveniente precisar que en el sub lite, el señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO, fue capturado por orden judicial en virtud a diverso material probatorio que fue recaudado durante la investigación, testimonios de desmovilizados e informes de campo, razones por la que dio lugar a que se iniciara un proceso penal en su contra, que conllevó a la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de residencia, siendo necesario advertir, que el actor fue capturado por el punible de rebelión

En efecto, se contaba con el Informe Ejecutivo -FPJ-3 de la Policía Judicial en el que se indicaba que por fuente humana del Ejército se informa de la participación de los señores NORBERTO FERNANDEZ MORENO como

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

integrante del grupo guerrillero al margen de la ley frente 21 de las FARC, en diferentes modalidades, persona que se encarga de ayudar a realizar labores de inteligencia en contra del Ejército, conseguir dineros, intendencia, guarda explosivos y se comunica vía celular con los comandantes de dicho grupo, utilizando varias fachadas, delinquiendo en toda la jurisdicción de Chaparral Tolima (...) DATOS DE LOS TESTIGOS. EDUAR GILBERT OVALDERRAMA GOMEZ, JAVIER ARAGON (...)

Ahora bien, **desde el punto de vista jurídico**, estima el Tribunal que atendiendo las circunstancias propias del presente caso, si existían serios indicios para endilgar responsabilidad penal en contra del señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO, al momento que se decidiera sobre la procedencia de la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de residencia, sin que se haya interpuesto recurso alguno contra ella, de lo que se infiere que estaban conformes con tal decisión.

En este sentido, reitera el Tribunal que atendiendo las circunstancias propias del presente caso, si existían serios indicios para endilgar responsabilidad penal en contra del señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO, al momento que se decidiera sobre la procedencia de la imposición de la medida de aseguramiento preventiva en su lugar de residencia, dilucidándose que se reunían los requisitos previstos en los artículos 308 y siguientes de la Ley 906 de 2004, para que se decretara la medida de aseguramiento, sino también para ser privada de la libertad de forma preventiva en su lugar de residencia.

Debe indicarse que la captura estuvo plenamente sustentada tanto en la normatividad que regula el procedimiento a seguir, como en la naturaleza y gravedad del delito, y el material probatorio que fue exhibido por la Fiscalía ante el Juez de Control de Garantías, del cual se evidenciaba la necesidad de la medida, sin que fuera necesario entrar a determinar si realmente había certeza total de su responsabilidad, pues por ello se habla de **medida preventiva**, esto es, mientras se resolvía su situación jurídica.

Así las cosas, en **cuanto a la responsabilidad de la administración respecto a la comisión del daño que se endilga en su contra**, la Sala considera que en el sub judice no se puede predicar una conducta contraria a derecho por parte de las entidades demandadas, en tanto la medida de aseguramiento a que fue sometido en su momento el actor, estuvo plenamente sustentada tanto en la normatividad que regula el procedimiento a seguir en el tipo de investigación a que estaba siendo sometido, como en el material probatorio

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

con el que contaba y fue exhibido por la Fiscalía ante el Juez de control de garantías.

En este punto, resulta conveniente resaltar que son diferentes los requisitos que exige la norma para la imposición de la medida de aseguramiento a los que se requieren para condenar, pues es claro que para este último escenario, es preciso que haya ausencia de duda, en tanto que, la imposición de la medida de aseguramiento, no está sujeta a una prueba irrefutable de la responsabilidad penal de la persona investigada, sino, que medie escrito de la autoridad judicial competente, que reúna los presupuestos establecidos en la ley procesal para solicitarla.

Bajo esta premisa, concluye la Corporación, que las decisiones adoptadas por el Juez de Control de Garantías, estuvieron sustentadas sobre los **principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad**, criterios que deben ser revisados tal y como lo dijo el reciente pronunciamiento nuestro Máximo Órgano de Cierre, en virtud a que para ese momento procesal fueron aportados elementos de juicio que gozaban de credibilidad para la legalización de la captura, la imputación de cargos en contra del señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO, así como para la imposición de la medida de aseguramiento preventiva de su libertad en su lugar de residencia, puesto que en ese momento se podía inferir razonablemente que el demandante podría estar implicado en los hechos materia de investigación penal.

Por tal razón, al no evidenciarse una conducta negligente o en su defecto, constitutiva de falla en el servicio, no es posible predicar la existencia de responsabilidad de las entidades demandadas, pues como se indicó en apartados anteriores, la carga impuesta al hoy demandante en ningún momento fue lesiva, injusta o desproporcionada, teniendo en cuenta los derechos fundamentales en conflicto, los cuales ameritaban la restricción del derecho a la libertad del señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO, hasta tanto se resolviera de manera definitiva su situación jurídica.

Finalmente, debe precisarse que en pronunciamiento del Consejo de Estado, a través de la sentencia de fecha 19 de noviembre de 2021, proferida dentro del proceso con radicación: 18001-23-31-000-2009-00129-01(50697) CP: Martín Bermúdez Muñoz, donde reiteró que la medida de aseguramiento debía estar debidamente justificada, exponiendo su necesidad de imponer la medida y acreditándose que cumplió con los requisitos, por tratarse de un instrumento que restringe el derecho fundamental a la libertad, y si esto se cumple, no se puede hablar de una medida de aseguramiento irrazonable, injusta o desproporcional.

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Así las cosas, habidas las consideraciones precedentes, esta Corporación **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 29 de junio de 2021, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué, que NEGÓ las pretensiones de la demanda, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

DE LA CONDENA EN COSTAS

En este tema en particular, corresponde precisar que en providencia del 07 de abril de 2016 proferida por la Sección Segunda - Subsección A de la misma Alta Corporación, dentro del expediente con radicación 13001-23-33-000-2013-00022-01, número interno 1291-2014 y cuyo consejero ponente fue el Dr. William Hernández Gómez, se precisó que la condena en costas obedece a un criterio objetivo independiente de la conducta asumida por las partes procesales, en los siguientes términos:

“Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en anteriores oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera “automática” u “objetiva”, frente a aquel que resultara vencido en el litigio.

*Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como **la temeridad, la mala fe** y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no⁵.*

Sin embargo, en esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. (...)

⁵ Ver entre otras, sentencias de 15 de abril de 2015, C.P. Alfonso Vargas Rincón (E), expediente No. 1343-2014. Actor: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, sentencia de 15 de octubre de 2015, Expediente: 4383-2014, Actor: Rosa Yamile Ángel Arana, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez (E), sentencia de 20 de enero de 2015, expediente número: 4583-2013, Actor: Ivonne Ferrer Rodríguez, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” -CCA- a uno “objetivo valorativo” -CPACA-.*
- b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁶, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia. (...)”*

Teniendo en cuenta lo anterior, se mantiene la tesis de seguir condenando en costas, siempre que alguna de las partes resulte vencida en el litigio o se le resuelva de manera desfavorable el recurso de apelación, según fuere el caso, de acuerdo a los postulados sentados en el artículo 188 del C.P.A.C.A, en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P.

⁶ “ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Solicita el recurrente se revoque la condena en costas impuesta por el A-quo, en tanto que dentro de la actuación procesal no se observa conducta dilatoria o de mala fe por parte de su representado.

En relación con lo señalado, y de acuerdo con lo expuesto en párrafos precedentes, la única excepción para omitir la condena en costas, será en los procesos en que se ventile un interés público y como quiera que éste no es el caso, se confirmará lo decidido en primera instancia.

➤ COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P, condénese en costas de esta instancia a la parte demandante, siempre y cuando se encuentren causadas y probadas.

Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Procédase de conformidad.

De acuerdo a lo anterior se toma la siguiente,

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, en Sala de decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia de 29 de junio de 2021 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué, que NEGÓ las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor NOLBERTO FERNANDEZ MORENO y otros contra la NACIÓN - RAMA JUDICIAL Y LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condénese en costas de esta instancia a la parte demandante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P.

RADICACION: 73001-33-33-008-2018-00243-01
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS.
DEMANDADO(S): NACIÓN -RAMA- JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO. - Una vez en firme, devuélvase el expediente al Juzgado de Origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada en la Sala de Decisión de la fecha, y se firma electrónicamente por los integrantes de la Sala.

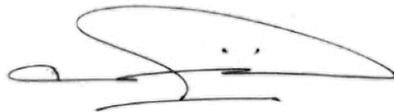
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS
Magistrado



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Magistrado



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
Magistrado Ponente: LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Ibagué, diez (10) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 73001-33-33-011-2018-00307-01
Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA
Demandante: ALCIBIADES ROMERO REINOSO- OTROS
Apoderado: RAÚL IGNACIO MOLANO FRANCO
Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL
Apoderada: RENUNCIÓ
Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Apoderada: CLAUDIA PATRICIA ACEVEDO VÁSQUEZ
TEMA: PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

I. SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el fallo proferido por el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué el día 28 de febrero de 2022, por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

La parte activa del proceso en ejercicio del medio de control de reparación directa, presentó demanda contra la Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial y la Fiscalía General de la Nación, con el fin de que sea declaradas administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios morales, materiales y daño a los bienes constitucionales y legales causados con ocasión a la privación injusta de la libertad de Alcibiades Romero Medina (qepd) el día 16 de julio de 2009.

Como consecuencia de lo anterior, solicitan el reconocimiento de perjuicios materiales, morales y daño a los bienes constitucionales y legales.

2. HECHOS

Las circunstancias fácticas pertinentes para el respectivo estudio son:

2.1 El 16 de julio de 2009, Alcibiades Romero Medina fue privado de su libertad hasta el día 12 de noviembre de 2009, lo cual dio lugar a perjuicios materiales, morales y constitucionales, por el delito de rebelión.

2.2 El 16 de julio de 2016, se llevó a cabo juicio oral ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la ciudad de Ibagué y se dictó sentencia absolutoria a favor de Alcibiades Romero Medina, esto por solicitud de la misma Fiscalía General de la Nación al no contar con ningún elemento probatorio.

2.3 Que en la sentencia absolutoria se concluyó que no se contaba con ningún elemento probatorio contra el procesado.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial¹.

Sostuvo que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por las razones de hecho y derecho que se debaten en este proceso.

Explica que, en sentencia del 10 agosto de 2015 5400123100020000183401 (30134), el Consejo de Estado, adoptó otra posición y cuyo eje estaba enfocado a realizar un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determinar si los argumentos que sustenta la exoneración penal, como podría ser la aplicación del principio del *in dubio pro reo*, esconde deficiencia en la actividad investigativa, de recaudo o valoración probatorio de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son los que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación.

Que la teoría presentada por la fiscalía al inicio del juicio oral, no encontró respaldo en las pruebas legalmente recaudadas y arrimadas al proceso, y que se presentaron falencias de tipo probatorio que conllevaron a que el Juez con Función de Conocimiento, no pudiera emitir sentencia condenatoria ante el hecho de que no se encontraba demostrada la responsabilidad de los procesados.

Que en la audiencia de imputación e imposición de medidas de aseguramiento que tuvo a su cargo el Juez de Control de Garantías; con base en las pruebas aportadas por la Fiscalía, se podía inferir de manera razonada la necesidad de la medida más no la responsabilidad del imputado en el delito endilgado, de tal manera 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 Alcibiades Romero Medina (qepd), 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.

Que cuando la fiscalía incumple sus deberes probatorios, y el juez debe absolver al procesado no surge la responsabilidad del Estado respecto de la Nación - Rama 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.

Por lo anterior, solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda.

3.2 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN²

Sostuvo que se opone a las pretensiones de la demanda.

Que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.

Que en este asunto, la Fiscalía solicitó orden de captura ante el Juez De Control de Garantías, y posteriormente acudió ante el Juez con función de control de garantías, donde se celebró la audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, declarándose esta legal por parte

¹ Ver páginas 78-89 cuaderno principal – expediente digital

² Páginas 94-111 del cuaderno principal – expediente digital

del Juez de Control de Garantías, en conclusión, quien ordena, legaliza la captura e impone la medida de aseguramiento es el juez de control de garantías y no la fiscalía.

Que en el nuevo Estatuto de Procedimiento Penal, a la Fiscalía le corresponde adelantar la investigación, para de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, pueda solicitar, como medida preventiva la detención del sindicado, si lo considera conveniente, correspondiéndole al Juez de garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía, y decretar las que estime procedentes, y así establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, es decir, que si todo se ajusta a derecho, es el Juez de Control de Garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer; sin que sea posible declarar la responsabilidad de esta entidad por "detención ilegal", ya que si bien es cierto se dio esta medida, ella no fue proferida por la Fiscalía.

Que es un requisito *sine qua non* para que proceda la responsabilidad patrimonial del Estado, la existencia de un daño antijurídico, y en el caso concreto la Fiscalía General De La Nación, no está legitimada para responder por los daños presuntamente causados a los demandantes por ello se hace necesario esgrimir como excepción la ausencia del daño con el fin de resolver desfavorablemente las pretensiones de la demanda, pues, si no hay daño antijurídico no hay lugar a reparación esto por cuanto además no todo daño implica necesariamente un perjuicio que se deba reclamar.

Y propuso las excepciones de: Falta de legitimación en la causa por pasiva, Ausencia de daño antijurídico e inimputabilidad del mismo a la Fiscalía General de la Nación e inexistencia del nexo causal.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

El Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, el 28 de febrero de 2022, negó las pretensiones de la demanda, tras considerar que no existen pruebas que demuestren que la imposición de la medida de detención preventiva intramural de Alcibiades Romero Medina, fuera injustificada; por el contrario, concurrían elementos materiales probatorios en ese momento, tal como la orden de batalla o componente orgánico de la cuadrilla 21 de la ONT-FARC, de la Sexta Brigada del Batallón Caicedo de Chaparral donde hacían alusión a que el procesado, era miliciano de dicho grupo insurgente, hechos valorados por el funcionario judicial lo que conllevó al establecimiento de la medida, es decir, se contaban con los elementos que permitían inferir, en su momento procesal inicial, que el imputado era presuntamente autor del punible endilgado.

Y concluyó que tanto el Juez como el delegado del ente acusador solamente actuaron bajo los parámetros legales para el tipo de delito estudiado, al existir los medios probatorios suficientes para justificar la imposición de la medida de detención preventiva intramural, por haberse adoptado bajo las exigencias jurídicas constitucionales y legales, así como las fácticas necesarias y concurrentes al momento de su establecimiento.

5. RECURSO DE APELACIÓN⁴

La parte demandante en su apelación indicó que: i) se desconoció el régimen objetivo de responsabilidad para estos casos, pues, la conducta no existió; (ii) no hay culpa exclusiva de la víctima, pues no hay ninguna conducta ilícita de esta para hacer incurrir al Juez Penal en equivocación, y (iii) no está probado un comportamiento doloso por parte del

³ Ver expediente digital

⁴ Ver expediente digital

demandante o un actuar a título de culpa grave; iv) La conducta endilgada no existió; v) los documentos presentados por la fiscalía para solicitar la medida de aseguramiento carecían de legalidad y las declaraciones no fueron confrontadas ni contrastadas con ningún otro medio de prueba, lo que llevo al ente acusador a solicitar la absolución 7 años después.

Que a pesar que el a quo, indicó que la medida de aseguramiento fue necesaria, adecuada, proporcional, no analizó ni tuvo en cuenta que no cualquier prueba es un indicio grave de participación o comisión de un delito y que el informe militar no constituía labor investigativa policial, ya que el Ejército carecía de dicha función; por tanto, dentro del proceso penal existió una total orfandad investigativa de parte de la Fiscalía General de la Nación, lo que acarreo un daño antijurídico a los aquí demandantes.

Que la imposición de la medida a Alcibiades Romero Medina se tornó injusta, ilícita y antijurídica, lo cual dio lugar a que se declarara la responsabilidad extracontractual del Estado, lo cual se refleja en la sentencia absolutoria.

Que en sede de lo Contencioso Administrativo, la imposición de las costas, no se decretan bajo la modalidad de un criterio objetivo, por el contrario, su estudio e imposición se deben a la existencia de un merecimiento, esto es a un actuar temerario, o similar de la parte condenada; y en el presente caso, la parte demandante fue injustamente condenada a unas costas bastantes onerosas y sin ningún sustento argumentativo para ello, ya que el a quo, solo se limitó a señalar que como la parte demandada estuvo presente en las audiencias, ello era suficiente para la condena en costas, lo cual resulta desproporcionado y no se ajusta a la realidad procesal.

Por lo anterior, solicitó se revoque la sentencia apelada y se acceda a las pretensiones.

6. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El proceso fue radicado en esta Corporación el 8 de agosto de 2022. Mediante auto del día 6 de octubre de 2022, se admitió el recurso de apelación.

El recurso de apelación se tramitó en los términos del numeral 5° del artículo 247 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

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

2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Deberá la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

- Determinar si existe responsabilidad patrimonial del Estado por la investigación penal adelantada en contra de Alcibiades Romero Medina (qepd) en la que se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su domicilio por el delito de Rebelión, para luego culminar el proceso con absolución.
- En este asunto, si la víctima directa de la privación injusta de la libertad, se absolvió porque la conducta era atípica, hay lugar a la aplicación del régimen objetivo.

- Es imputable el daño tanto a la Rama Judicial como a la Fiscalía General de la Nación
- Es posible acceder al reconocimiento de los perjuicios materiales y morales alegados

3. TESIS DE LA SALA

La Sala revocará la sentencia apelada, y en su lugar accederá parcialmente a las pretensiones.

En el *sub-lite*, advierte la Sala que se encuentra demostrado el daño alegado respecto de la detención o privación de la libertad, toda vez que a Alcibiades Romero Medina, se le restringió su libertad en razón al punible de Rebelión.

En este punto, indica la Sala que armonizando las actuales posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional⁵ y del Consejo de Estado⁶, en cuanto al análisis de responsabilidad por los eventos de privación injusta de la libertad, partiendo propiamente de la antijuridicidad, puede concluirse que ésta se configura sin mayores exigencias cuando las causales de libertad se originan en que *i)* el hecho no existió y *ii)* la conducta era objetivamente atípica, en los que incluso se ha avalado el título de imputación de responsabilidad objetiva; y en los demás supuestos, relacionados con la absolución porque *iii)* no cometió el delito, *iv)* se dio aplicación del principio *in dubio pro reo*, y *v)* otros eventos de liberan la responsabilidad penal, la antijuridicidad queda supeditada al análisis de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, pues no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en estos eventos, sino que es imprescindible, determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Bajo ese panorama jurisprudencial, en principio, se debe analizar si se cumplen los presupuestos para la configuración de alguna causal que dé lugar a la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad; así las cosas, se evidencia la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué, del 16 de julio de 2016, mediante la cual se absolvió a Alcibiades Romero Medina y se concluyó, lo siguiente: ***“(...) No obstante lo dicho, vemos que la petición de la fiscalía, coadyuvada por la defensa en bloque, si encuentra eco, ya que realmente ni siquiera se pudo demostrar por parte de la fiscalía que los procesados desplegaron conductas típicas, que se adecuaran claramente al delito de Rebelión.(...) Efectivamente, aquí podemos concluir que, si bien es cierto que los encartados, para la época de los hechos, desplegaron sendas conductas, naturalistamente entendidas, también lo es que las mismas ni siquiera pueden catalogarse de típicas.(...)”***

De lo transcrito, se puede inferir que en el proceso penal no se llegó al convencimiento de la ejecución de las conductas punibles imputadas, concluyendo el juez penal que ni siquiera se tuvo certeza de la tipicidad de la conducta, siendo la tipicidad un elemento fundamental para la configuración de la conducta punible, es decir, que el daño alegado por la parte actora se encuentra debidamente demostrado y de esta manera no tenía el deber jurídico de soportarlo; más aún, cuando conforme a lo planteado por la Corte Constitucional en Sentencia SU-072 de 2018, en los casos de privación injusta de la libertad en los que se presenten casuales como que el hecho no existió y que la conducta es atípica, es posible la aplicación del régimen objetivo, pues, la decisión de privar a

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

⁶ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 15 de agosto de 2018, radicado 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46947), y la sentencia Sección Tercera, Consejero Ponente José Roberto SÁCHICA Méndez, calendarada el 6 de agosto de 2020, que reemplazo la sentencia antes anunciada, en cumplimiento de la sentencia de tutela (radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01).

alguien de la libertad al imponer medida de aseguramiento requiere de la acreditación de esos presupuestos, por lo que en este asunto el daño antijurídico resulta evidente.

Teniendo en cuenta lo anterior y los recientes pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, es preciso advertir que en este asunto se puede imputar responsabilidad al Estado bajo el régimen objetivo, pues, la conducta delictiva atribuida a los demandantes, llegó a ser atípicas, sin que se probara su ejecución o realización.

Ahora, no puede olvidarse que frente al título de imputación de privación injusta de la libertad, nos encontramos frente a una responsabilidad de carácter objetiva, donde lo determinante es la antijuricidad del daño y no la imputación de responsabilidad, lo que amerita un juicio de valor sobre la conducta realizar por la Fiscalía o por la Rama Judicial, sin embargo, **como el régimen de imputación es objetivo**, tal y como quedó diseñado en el nuevo sistema penal acusatorio, la privación de la libertad supone la intervención directa tanto de la Fiscalía como del Juez, por lo que es forzoso para la Sala concluir que ambas entidades de manera solidaria son responsables del daño antijurídico causado.

En relación al reconocimiento del perjuicio moral, se dará aplicación a la sentencia de unificación emitida por el Consejo de Estado⁷ en donde se establecen nuevos parámetros y topes para el reconocimiento y liquidación del perjuicio moral.

Por otra, parte, en relación con el daño por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, se dispondrá una medida no pecuniaria, por lo que se ordenará a la Rama Judicial y a la Fiscalía General Nación que procedan a reconocer públicamente su responsabilidad por la privación injusta de la libertad de Alcibiades Romero Medina (qepd), reconocimiento que debe contener la respectiva disculpa dirigida a cada uno de los demandantes quienes sufrieron por la afectación al buen nombre de la víctima directa, lo anterior debe efectuarse a través de medios de comunicación de amplia circulación nacional; y dentro del término de dos meses, contados a partir de la ejecutoria de este fallo.

Y por último, frente al lucro cesante se debe advertir que las presunciones para la liquidación del perjuicio material de lucro cesante, en los casos de privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado ha indicado que si bien venía reconociendo lucro cesante aplicando indistintas presunciones de orden interpretativo, lo cierto es que para un adecuado ejercicio de la labor de impartir justicia, lo mejor era soslayar el uso de presunciones de orden jurisprudencial que llevaban reconociendo y emitir condenas o decidir con sustento en hechos o supuestos efectivamente probados para garantizar de manera efectiva y eficaz el principio de congruencia de las sentencias.

4. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

4.1 Fundamento normativo de la responsabilidad del Estado.

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, se estableció como cláusula general de responsabilidad del Estado, los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión de las autoridades públicas, por ende, para concluir la responsabilidad se requiere la concurrencia de varios elementos configurativos a saber:

⁷ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera; Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, Bogotá D. C., Veintinueve (29) De Noviembre De Dos Mil Veintiuno (2021), Radicación Número: 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681)

4.1.1 El daño Antijurídico, considerado como aquel menoscabo o detrimento que sufre una persona y que puede ser patrimonial o extrapatrimonial; sin embargo, para que genere responsabilidad debe ser cierto, personal y antijurídico. Es cierto, cuando efectivamente ocurre, de tal suerte que el hipotético no puede ser indemnizado; personal, en la medida que solo el afectado está legitimado para reclamarlo; y antijurídico, cuando la víctima no tenga el deber jurídico de soportarlo⁸, concepto que, por lo demás, se encuadra dentro de los principios constitucionales de solidaridad (Art. 1º), igualdad (Art. 13) y garantía integral del patrimonio de los ciudadanos (Arts.2º y 58).

4.1.2 La imputación, entendida como aquel elemento de la responsabilidad a través del cual se le atribuye fáctica y jurídicamente el daño antijurídico a una autoridad del Estado.

En ese sentido, podemos indicar que la *imputación fáctica* corresponde desde el punto de vista de los hechos dañosos causados a un sujeto determinado, al estudio del nexo causal, no obstante, es de aclarar que no toda acción o hecho es de interés para el derecho, puesto que solo aquellos que generen un daño antijurídico deben ser estudiados. De igual manera, la imputación fáctica puede analizarse desde la omisión del Estado, evento en el cual estaremos ante criterios objetivos acudiéndose a valoraciones jurídico – normativas, en las que se constituyan, derechos, libertades o mínimamente se creen intereses para los administrados.

Por otro lado, la *imputación jurídica*, corresponde a los dos regímenes de imputación establecidos por la jurisprudencia: i) el *subjetivo*, por la falta o la falla en el servicio, correspondiente a aquellos eventos en que se evidencia que la conducta desplegada por el órgano estatal se enmarca en una actuación tardía, errada u omisiva que genera en los usuarios receptores del servicio una inconformidad e insatisfacción que se ve reflejada en daños antijurídicos susceptibles de ser reparados, es decir, que la anomalía en el funcionamiento y/o las actividades desplegadas por la Administración se materializa en la trasgresión de las obligaciones que le son propias; ii) el *objetivo*, corresponde a aquel título de imputación donde no media la culpa o la falla en el servicio, pero es posible determinar la responsabilidad bajo el análisis de regímenes, como el daño especial o el riesgo excepcional.

El daño especial tiene lugar para aquellos eventos cuando el Estado en el ejercicio de sus funciones y obrando dentro de su competencia y ceñido a la ley, produce con su actuación perjuicios a los administrados que son especiales y anormales en el sentido que implican una carga o sacrificio adicional al que los coasociados normalmente deben soportar por el hecho de vivir en sociedad, y cuando el equilibrio se rompe perdiéndose así el principio de igualdad por el obrar legítimo de la administración, es necesario restablecer el equilibrio a través de la indemnización de los perjuicios ocasionados.

Por su parte el riesgo excepcional, se configura cuando la administración en desarrollo de una obra o actividad de servicio público, emplea recursos o medios que colocan a los administrados o a sus bienes en una situación de riesgo⁹, que dada su gravedad excede las cargas que normalmente deben soportar los ciudadanos y al materializarse el riesgo, se produce un daño indemnizable.

⁸ Sobre el daño antijurídico el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C. P.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN, en sentencia del 26 de mayo 2011, radicación N°: 19001-23-31-000-1998-03400-01 (20097), expuso su concepto acogiendo los términos siguientes: “El concepto del daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”.

⁹ Clasificadas por la jurisprudencia como actividades relacionadas con la conducción de redes de energía eléctrica, manejo y transporte de explosivos, uso de armas de fuego y conducción de vehículos automotores.

Por ende, corresponde al Juez analizar los hechos de cada caso concreto y determinar el régimen de responsabilidad aplicable, para resolver el asunto sometido a su consideración de acuerdo con los elementos probatorios allegados, entonces, aunque el demandante haya encuadrado el litigio en un título de imputación disímil, es posible en acciones de reparación directa que el juez en aplicación al principio de *iura novit curia*, establezca el título de imputación.

Así mismo, independientemente del régimen o título de imputación, la entidad demandada puede exonerarse de responsabilidad, acreditando una causal eximente, como la fuerza mayor, el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, o cualquier causa extraña que enerve las pretensiones de la demanda.

5. De la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad.

El alcance de la modalidad de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, ha sido un tema tratado de forma activa en la jurisprudencia del Consejo de Estado, determinando que su configuración opera cuando la persona que padece la detención es absuelta de responsabilidad penal, ya sea porque el hecho investigado no existió, o porque éste no era constitutivo de delito, o no fue posible demostrar su autoría o participación en la conducta punible, o, porque se demostró plenamente su inocencia, o, bien sea por el principio de *in dubio pro reo*, o por preclusión de la investigación al demostrar alguna causal de exoneración de responsabilidad penal. Bajo esta premisa, “*el elemento determinante, del carácter justo o injusto de la privación de la libertad, tiene soporte en si quien la padeció es culpable o inocente*”¹⁰, es decir, si tenía el deber jurídico de soportarla, o si, por el contrario, el Estado le impuso una carga que afectó sus derechos fundamentales sin tener como respaldo fundamentos fácticos y jurídicos de la responsabilidad penal.

Frente a este tópico, con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, específicamente en el artículo 68, se estableció que el carácter injusto de la privación de la libertad surge como “*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*”¹¹. Al respecto, frente a la determinación de los casos en donde se presenta privación injusta, el Consejo de Estado puntualizó que la interpretación y aplicación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 no podía constituir una restricción al contenido del artículo 90 de la Constitución Política, por el contrario, debía ser considerado como un complemento dentro del sistema normativo de responsabilidad estatal¹².

De acuerdo a la evolución jurisprudencial sobre la materia, encontramos que a través de la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013¹³, la Sección Tercera del Consejo de Estado, concluyó la existencia de una regla general de responsabilidad objetiva cuando en el proceso penal en que ha tenido origen la detención, se ha determinado que *i)* el hecho no existió, *ii)* el sindicado no lo cometió, *iii)* la conducta no constituía hecho punible, o *iv)* por la aplicación del principio *in dubio pro reo*; presupuesto que opera siempre y cuando – en las cuatro situaciones mencionadas – no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues en tal evento hay lugar a aplicar un régimen

¹⁰ Orejuela Pérez, Ervin Marino. *Responsabilidad civil extracontractual del Estado por privación legal e injusta de la libertad*. En: *Justicia Juris*. Vol. 6. N° 12. octubre de 2009 – marzo de 2010, pág. 79 – 91. ISSN. 1692-8571.

¹¹ Corte Constitucional. *Sentencia C-037 de 1996*. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)

subjetivo. Así mismo, si la libertad se decretó por una razón distinta, el escenario se enmarca en un régimen subjetivo de responsabilidad estatal.

En ese mismo sentido, en sentencia del 14 de julio de 2016¹⁴, el Consejo de Estado manifestó que la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad deriva de todos los eventos en los cuales el procesado privado de la libertad es absuelto o se precluye la investigación a su favor y, cuando en el proceso se determine que: i) el hecho no existió; ii) el sindicado no lo cometió y/o iii) la conducta es atípica, siempre y cuando no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional en cuyo caso podrá aplicarse un régimen subjetivo de responsabilidad.

De otra parte, la Corte Constitucional a través de sentencia SU-072 de 2018¹⁵, en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, reiteró lo manifestado por esa Alta Corte en sentencia C-037 de 1996, respecto de que, 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, entonces, independiente del título de imputación, el juez administrativo debe estudiar si la privación es injusta o no, haciéndose indispensable que el estudio se enmarque en la determinación de si la medida que privó de la libertad al acusado fue razonable, proporcional y legal, y en esos términos preciso:

“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6o, 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 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”. (subrayas fuera de texto)

A su vez, también señaló que estaba de acuerdo con el régimen objetivo para los casos de i) el hecho no existió y que ii) la conducta era objetivamente atípica; debido a que la decisión de privar requiere de la acreditación de estos presupuestos, dado que es necesario que el juez penal para imponer una medida de aseguramiento evidencie la existencia del hecho y que éste sea típico, por lo que en ambos eventos consideró que la privación de la libertad resultaría irrazonable y desproporcionada, por lo que el daño antijurídico se muestra sin mayores esfuerzos. Sin embargo, no concluyó lo mismo en los eventos en que el iii) investigado no cometió el delito y iv) la aplicación del *in dubio pro reo*, pues en estas dos causales la Corte considera que los fiscales y jueces deben efectuar mayores disquisiciones para vincular al imputado con la conducta punible y presentarlo como autor de la misma.

Entonces, se puede concluir que la Corte Constitucional en unificación, establece que, en eventos de privación injusta de la libertad, no se determina un régimen único de

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección «A». Sentencia del 14 de julio de 2016. Consejera Ponente Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación: 66001-23-31-000-2010-00149-01 (42476). En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 17 de octubre de 2013. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación: 52001-23-31-000-1996-07459-01 (23354).

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, Mag. Ponente José Fernando Reyes Cuartas.

responsabilidad subjetivo y objetivo, por lo que cualquiera que sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada.

Luego, la Sección Tercera del Consejo de Estado rectificó su postura a través de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018¹⁶, en la cual explicó detenidamente las razones para apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora había sostenido el órgano de cierre, indicando lo siguiente:

“En ese sentido, la Sala considera pertinente apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora ha sostenido en torno al tema, máxime que al amparo de ella no sólo se vienen produciendo condenas cuando el hecho no existió, o no constituyó delito, o la persona privada de la libertad no lo cometió, sino que también se ha condenado en todos los demás eventos en los que se dispuso la detención preventiva, pero el proceso penal no culminó con una condena, exceptuando, eso sí, los casos en los que se ha observado que el daño alegado fue causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima.

En otras palabras, bajo la óptica de la actual posición jurisprudencial, basta que haya una privación de la libertad y que el proceso penal no culmine en condena, cualquiera que sea la razón, para que quien la sufre se haga merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se haya ajustado a derecho y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270 de 1996, esto es, sin importar que el daño producto de ella (la privación de la libertad) sea antijurídico o no (se parte de la base de que ella es per se antijurídica) y casi que sin reparar en si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición.

En esa medida, comoquiera que, en criterio de esta Sala, la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, 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”.

De ahí que dicha Corporación señaló de forma unificada que para determinar si la privación de la libertad de un procesado fue injusta, debía analizarse las pruebas que fundamentan las pretensiones del demandante, incluso de oficio, deberá efectuarse un minucioso examen probatorio para determinar la antijuridicidad del daño, por ello concluyó:

“En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

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 sindicato 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.”

En ese sentido, a partir de esta tesis jurisprudencial debía analizarse la antijuridicidad del daño a través del estudio de la conducta de la víctima – detenido -, con el fin de determinar si se configura alguna conducta culposa o dolosa que generó la restricción de la libertad a través de la imposición de la medida de aseguramiento, o si por el contrario, no se evidencia situación alguna de reproche en la conducta del detenido lo que generaría una medida injusta y generadora de un daño antijurídico imputable al Estado.

De esta manera, la tesis jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado concluía que si la conducta de la víctima fue determinante en la privación de la libertad, es decir, existió un vínculo causal (entendido desde la perspectiva de la causalidad adecuada) entre la medida y los perjuicios cuya indemnización se reclama no es viable la declaratoria de responsabilidad del Estado, pues la causa eficiente, directa y adecuada no fue la actuación de la administración sino la conducta del privado de la libertad, y no resulta entonces viable sacar provecho o ventaja de su propia culpa.

Dicha premisa entonces exigía al operador judicial demostrar para estos eventos que el daño (detención) *“cuya reparación se persigue en estos casos y en el que, por supuesto, se fincan las pretensiones de la respectiva acción jurisdiccional, resultó antijurídico, consultando entre otros criterios los estándares convencionales, constitucionales y/o legales que admiten excepcionalmente la restricción a la libertad personal. De así acreditarse, se entenderá configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo contrario, esto es, de no lograrse tal demostración, se estará frente a un daño jurídicamente permitido y, por tanto, desprovisto de antijuridicidad, lo cual impide hablar, bajo el artículo 90 constitucional y el artículo 68 de la ley 270 de 1996, de privación injusta de la libertad.”*¹⁷

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

Finalmente, esta postura jurisprudencial fue reiterada en la sentencia de unificación emitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, calendada el 18 de julio de 2019¹⁸, en la cual determinó los parámetros indemnizatorios del perjuicio material en materia de privación injusta de la libertad, e indicó sobre el título de imputación lo siguiente:

“La Sala indicó que, para tal fin, se torna imprescindible para el juez verificar, en primer lugar, si quien fue privado de la libertad incidió en la generación el daño alegado, por haber actuado con culpa grave o dolo, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, 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.

(...)

De no hallarse en el proceso ningún elemento que indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, se debe realizar el análisis de responsabilidad a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, bajo el título de imputación pertinente al caso concreto y se debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.”

Sin embargo, debe advertirse que la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018¹⁹, fue debatida en sede de tutela a través de providencia de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, calendada el 15 de noviembre de 2019²⁰, **si bien dejó sin efectos la sentencia de unificación** (15 de agosto de 2018), esa decisión atendió a particularidades específicas del caso, limitando su análisis a que *“La Sala amparará el derecho al debido proceso, particularmente en lo referente a la presunción de inocencia, dejará sin efectos la sentencia del 15 de agosto de 2018 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado (exp. 46947) y dispondrá que en la sentencia de reemplazo se valore la culpa de la víctima sin violar su presunción de inocencia; y por las razones explicadas al determinar el problema jurídico, se resalta que este fallo no tiene ninguna incidencia en la forma en que el juez natural del caso decida operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado.”*²¹; lo que permite concluir que **desapareció formalmente** el criterio de unificación plasmado en la sentencia del 15 de agosto de 2018 con ponencia del Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera.

A pesar de lo anterior, en criterio de esta Sala, ello, no impide que frente al caso concreto se analice el comportamiento de la víctima de la privación de la libertad de cara al dolo y la culpa, como se hizo en aquella sentencia, pues al analizar en su integridad la sentencia de tutela, es posible inferir que este criterio no desconoció que el juez administrativo pudiera determinar la responsabilidad del Estado y así concluir si fue justa o injusta la privación, desde el estudio de la conducta del detenido desde la óptica de lo civil, pues precisamente el análisis de responsabilidad debe surgir de los elementos propios contenidos en artículo 90 de la Constitución Política y 68 de la Ley 270 de 1996, partiendo de identificar la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente demostrar que no hubo condena en el proceso penal, y de acreditarse este aspecto, se entendería configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo contrario, se estaría frente a un daño jurídicamente permitido.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala Plena, Sección Tercera, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicado. 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572)

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

²⁰ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Magistrado Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, calendada el 15 de noviembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01, accionante: Martha Lucía Ríos Cortés y otros, contra Consejo de Estado, Sección Tercera.

²¹ Aparte extraído de la conclusión de la sentencia antes resaltada. calendada el 15 de noviembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01

Entonces, lo que debemos entender, con la sentencia de tutela, es que dicho análisis sobre la antijuridicidad del daño no debe vulnerar la presunción de inocencia del acusado que reclama en vía administrativa la indemnización del presunto daño por su detención en una investigación penal.

Ahora bien, recientemente la Sección Tercera del Consejo Estado dio cumplimiento a la tutela y profirió en reemplazo de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018²², antes anunciada, la sentencia del 6 de agosto de 2020²³, a través de la cual no se impuso criterios de unificación, pero se concluyó con base en las posturas de la Corte Constitucional contenidas en las sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 que “el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del 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.”

Así mismo, planteó que el “daño es el primer elemento que debe acreditarse en el análisis de imputación, por cuanto constituye la causa de la reparación; no obstante, pese a su existencia, es posible que no haya lugar a declarar la responsabilidad estatal, en las hipótesis en que “existe pero no se puede atribuir al demandado (...), el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre.”

Conforme a lo anterior, y al dar una lectura integral a la providencia antes anunciada, que reemplaza la dejada sin efectos, es posible concluir que la Sección Tercera del Consejo de Estado mantiene un criterio conceptual respecto de la responsabilidad en materia de privación injusta de la libertad, consistente en que el carácter injusto debe analizarse desde el estándar de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida privativa de la libertad, lo que en cada caso deberá ser objeto de análisis; postura que se ha replicado con posterioridad en varias decisiones que han sido proferidas por el Consejo de Estado²⁴:

“19. Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 estima que la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: 1. En primer lugar, se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; 2. En segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; 3. En tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial). 4. En cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; 5. Por último, en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima

²² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

²³ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado Ponente: José Roberto Sáchica Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, radicado No. 66001-23-31-000-2011-00235-01 (46.947), actor: Martha Lucía Ríos Cortes y otros.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 19001-23-31-000-2008-00436-01(50944), Actor: RICARDO ALFONSO ARZUAGA SALAZAR Y OTROS; Radicación número: 08001-23-31-000-2005-02812-01(47386) Actor: JORGE ENRIQUE ESCAFF CUSSE Y OTROS

como causal excluyente de responsabilidad; 6. Finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.”

La Corte Constitucional en sentencia T-045/21 del 25 de febrero de 2021, MP: José Fernando Reyes Cuartas, se pronunció sobre la responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad, donde indicó:

*“(…) La Corte Constitucional y el Consejo de Estado exigen, como primer requisito para declarar la responsabilidad por privación injusta de la libertad, la demostración del daño antijurídico. En efecto, **la privación de la libertad dentro de un proceso penal que termina con una sentencia absolutoria no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, pues se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable** a la administración. Así, el daño es antijurídico cuando la orden de restricción devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.” (Negrilla y subraya fuera del texto original)*

A su vez, en reciente pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de fecha 19 de noviembre de 2021, proferida dentro del proceso con radicación: 18001-23-31-000-2009-00129-01(50697), CP: Martín Bermúdez Muñoz, donde reiteró que la medida de aseguramiento debía estar debidamente justificada, exponiendo su necesidad de imponer la medida y acreditándose que cumplió con los requisitos, por tratarse de un instrumento que restringe el derecho fundamental a la libertad, para lo cual precisó:

“(…) PROCEDENCIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / REQUISITOS DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Incumplimiento

En vigencia de la Ley 600 de 2000, momento en el que se dispuso detener a la víctima directa del daño, los requisitos legales que debían cumplirse para adoptar tal medida estaban previstos en sus artículos 355, 356 y 357, y eran los siguientes: La procedencia de la medida según el tipo de delito imputado (art. 357). La existencia de <<por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso>> (art. 356). La existencia de medios de prueba que permitieran deducir que la medida era necesaria <<para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria>> (art 355). En este caso no se cumplieron dichos requisitos.

FUENTE FORMAL: LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 355 / LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 356 / LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 357

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO – Debe exponerse la necesidad

Al momento de dictar la medida de aseguramiento la Fiscalía debía exponer las razones por las cuales se encontraban cumplidos los propósitos legales de la detención preventiva, lo cual no se hizo. El análisis de este aspecto es lo que le permite al juez administrativo determinar si la detención de la víctima directa del daño fue una determinación no solo legal sino adecuada, proporcional y razonable. No se trata de saber simplemente si existían indicios de responsabilidad que pudieran justificar la imposición de una sanción en su contra: **se trata de determinar si existían razones que justificaran mantenerlo privado de la libertad durante el proceso.** En la providencia en la

que se dispuso la detención preventiva del demandante (...) era necesario determinar si la medida se justificaba en los términos antes indicados. Sin embargo, en la Resolución del 13 de abril de 2004 la Fiscalía únicamente hizo referencia a los medios de pruebas que valoró para imponer la medida de aseguramiento, pero no expuso ninguna consideración, general ni particular, sobre su necesidad. (...)" (Negrilla y subraya fuera del texto original)

De otra parte, el Consejo de Estado, unificó jurisprudencia frente al reconocimiento de los perjuicios morales, así:

"(...) R.- Las reglas de unificación

65.- Con fundamento en lo anterior, la Sala adoptará las siguientes reglas de unificación para el reconocimiento y cuantificación de perjuicios en casos de responsabilidad del Estado por privación de la libertad:

65.1.- En relación con la víctima directa de la detención, tanto si se trata de detención en establecimiento carcelario, como si se trata de detención domiciliaria, la sola prueba de la privación de la libertad constituye presunción de perjuicio moral para ella.

65.2.- En relación con los parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente, la prueba de tales calidades constituye presunción del perjuicio moral para ellos.

65.3.- Las presunciones establecidas en las dos reglas anteriores podrán desvirtuarse por la parte demandada.

65.4.- En relación con las demás víctimas indirectas, la prueba del parentesco no es una presunción del perjuicio moral. En tales casos, el juez determinará si el demandante cumplió la carga de acreditar la existencia del perjuicio moral derivado de la existencia de una relación estrecha con el detenido, de la cual pueda inferirse la existencia de un perjuicio moral indemnizable.

65.5.- Los topes máximos de indemnización se establecen de la siguiente forma para la víctima directa:

a.- Si la privación de la libertad tiene una duración **igual o inferior a un mes**, una suma fija equivalente a **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

b.- Si la privación de la libertad tiene una duración **superior a un mes**:

- **Por cada mes** adicional transcurrido, sin importar el número de días que tenga el mes, **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

- Por cada día adicional al último mes transcurrido, una fracción equivalente a **0,166 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, la cual se obtiene de dividir **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)** por **30 días**.

- La cuantía se incrementará hasta **cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 SMLMV)**, indemnización que recibirá la víctima directa cuando esté detenida por **20 meses o más tiempo**, con el objeto de mantener el tope máximo jurisprudencial, de acuerdo con la jurisprudencia antes indicada.

- De conformidad con los anteriores parámetros, los topes de indemnización de perjuicios morales para la víctima directa son los siguientes:

| Duración de la privación | Víctima directa en SMLMV |
|---------------------------------|---------------------------------|
| Entre un día y un mes | Suma fija de 5 SMLMV |
| Hasta 2 meses | Hasta 10 SMLMV |
| Hasta 3 meses | Hasta 15 SMLMV |
| Hasta 4 meses | Hasta 20 SMLMV |
| Hasta 5 meses | Hasta 25 SMLMV |
| Hasta 6 meses | Hasta 30 SMLMV |
| Hasta 7 meses | Hasta 35 SMLMV |
| Hasta 8 meses | Hasta 40 SMLMV |
| Hasta 9 meses | Hasta 45 SMLMV |
| Hasta 10 meses | Hasta 50 SMLMV |
| Hasta 11 meses | Hasta 55 SMLMV |
| Hasta 12 meses | Hasta 60 SMLMV |
| Hasta 13 meses | Hasta 65 SMLMV |
| Hasta 14 meses | Hasta 70 SMLMV |
| Hasta 15 meses | Hasta 75 SMLMV |
| Hasta 16 meses | Hasta 80 SMLMV |
| Hasta 17 meses | Hasta 85 SMLMV |
| Hasta 18 meses | Hasta 90 SMLMV |
| Hasta 19 meses | Hasta 95 SMLMV |
| 20 meses o más | Hasta 100 SMLMV |

- En consecuencia, la fórmula para determinar la cuantía de los perjuicios morales de la víctima directa es:

$$PM = (\text{número de meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (\text{fracción adicional de días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

- En casos de **detención domiciliaria**, la cuantía de los perjuicios morales sufridos por la víctima directa se disminuirá en un **50%**.

65.6.- Para las víctimas indirectas, los topes máximos de indemnización se determinan a partir del monto reconocido a la víctima directa, de la siguiente manera:

a.- A los **parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente, el cincuenta por ciento (50%)** de lo que le corresponda a la víctima directa.

b.- A los **demás demandantes**, cuando acrediten los perjuicios morales, el **treinta por ciento (30%)** de lo que le corresponda a la víctima directa.

65.7.- Para la determinación del monto final de la indemnización de las víctimas indirectas dentro de los topes máximos antes señalados, la cuantificación deberá estar fundamentada en las pruebas que obren en el expediente y ella deberá ser motivada según lo probado en cada caso.

65.8.- Se reitera lo señalado en las anteriores jurisprudencias de unificación en lo relativo a que todos los topes que aquí se establecen podrán ser superados cuando se acrediten circunstancias que evidencien una gravedad e intensidad excepcional en el perjuicio moral sufrido por el detenido o las víctimas indirectas de la detención, las cuales podrán estar relacionadas con la gravedad del delito por el cual el sindicado fue investigado o acusado y las circunstancias particulares afrontadas con ocasión de la detención. En estos eventos, la decisión y las razones que justifican tal determinación deberán motivarse detalladamente. Finalmente, se establece que en ningún caso la indemnización podrá superar los trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la víctima directa.

(...)

Los perjuicios morales sufridos por las víctimas indirectas

76.- Para demostrar los perjuicios morales sufridos por las víctimas indirectas, los demandantes: **(i)** allegaron los correspondientes registros civiles de nacimiento para acreditar su parentesco con los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo y **(ii)** solicitaron los testimonios de personas cercanas a las familias de los detenidos.

77.- En relación con la prueba de los perjuicios morales sufridos por los familiares de la demandante **Berenice Díaz Buitrago**, la Sala destaca que:

77.1.- Con la copia de los registros civiles que obran en el expediente está acreditado que los demandantes tienen los siguientes vínculos de parentesco con Berenice Díaz Buitrago:

Madre: Crisanta Buitrago de Díaz²⁵

Padre: Esteban Díaz Gutiérrez²⁶.

Hijos: Ferley Vargas Díaz y Daniel Vargas Díaz²⁷.

Hermanos: Orlando Díaz Buitrago, Ovidio Díaz Buitrago, Octavio Díaz Buitrago, Urbano Díaz Buitrago, Dídimo Díaz Buitrago, Albeiro Díaz Buitrago y Evelio Díaz Buitrago²⁸.

77.2.- La presunción de la existencia de perjuicios morales en relación con la madre, padre e hijos de **Berenice Díaz Buitrago** no fue desvirtuada con las pruebas obrantes en el expediente.

²⁵ F. 22, c. 2.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Fls. 17, 18, c. 1.

²⁸ Fls. 20, 21, 23, 24, 25, 26 y 27, c. 2.

77.3.- En relación con la intensidad de los perjuicios sufridos por los demandantes Ferley Vargas Díaz y Daniel Vargas Díaz, hijos de la víctima directa, los testigos Gladis Yaneth Torres Buitrago, Jairo Ramírez Ducuara y Ana Rosa Lombo Bejarano señalaron que eran menores y convivían con ella cuando fue privada de la libertad, quedaron abandonados en <<manos de los vecinos>> y agregaron que la situación los afectó mucho porque ella era la <<cabeza del hogar>>. Estas circunstancias imponen decretar a su favor el tope máximo de indemnización, previsto en el 50% del perjuicio moral acordado para la víctima directa. Por lo tanto, se reconocerá a favor de cada uno de estos demandantes una reparación correspondiente a **15,75 salarios mínimos legales mensuales vigentes**.

77.4.- En relación con los padres de **Berenice Díaz Buitrago**, los testimonios recibidos hicieron referencia genérica al sufrimiento que la detención generó en toda su <<familia>>, por lo que el perjuicio en relación con ellos se cuantificará en el 40% del perjuicio moral acordado para la víctima directa, lo que equivale a **12,60 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno. (...)**²⁹

Conforme a lo anterior, las líneas jurisprudenciales actuales tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, permiten concluir que el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que luego termina con decisión de absolución, prescripción, o cualquier otro evento librándolo de la responsabilidad penal, en sí misma, no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta, es decir, para ello, deberá analizarse la metodología determinada por el Consejo de Estado para concluir la razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida impuesta, y en tal caso, sí constituye un daño antijurídico imputable a la administración, toda vez que “ a pesar de la existencia de un daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico y, en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo.³⁰”, a menos que se trate de casos en que el hecho no existió o la conducta es atípica, por operar allí la responsabilidad objetiva.

6. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES:

| HECHO | MEDIO PROBATORIO |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1. El 16 de junio de 2009, se llevó a cabo audiencia preliminar de legalización incautación de elementos materiales, legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de Alcibiades Romero Medina (qepd), por el delito de Rebelión, en la que el Juzgado Segundo Penal Municipal Con Funciones de Control de Garantías de Chaparral, impuso medida de detención domiciliaria. | Documental: Acta de audiencia preliminar (página 29-36 cuaderno principal – expediente digital) |
| 2. Alcibiades Romero Medina (qepd), estuvo privado de la libertad del 16 de julio de 2009 al 12 de noviembre de 2009. | Documental.- Certificado de libertad del INPEC (página |

²⁹ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera; Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, Bogotá D. C., Veintinueve (29) De Noviembre De Dos Mil Veintiuno (2021), Radicación Número: 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681)

³⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 81001-23-31-000-2011-00067-01(52829)

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | 26 cuaderno principal-expediente digital) |
| 3. El 16 de julio de 2016, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Chaparral, profirió sentencia absolutoria, porque los procesados no desplegaron una conducta típica. | Documento: Sentencia absolutoria del 16 de julio de 2016 (páginas 41-46 cuaderno principal – expediente digital) |

7. CASO CONCRETO.

En ejercicio de la presente acción, la parte demandante pretende que las demandadas sean declaradas responsables de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados, como consecuencia de la privación de la libertad que se le impuso a Alcibiades Romero Medina (qepd) el día 16 de julio de 2009, dentro del proceso penal adelantado como autores del delito de rebelión.

Por su parte, el *a quo* negó las pretensiones de la demanda, al considerar que no existen pruebas que demuestren que la imposición de la medida de detención preventiva intramural de Alcibiades Romero Medina, fuera injustificada; por el contrario, concurrían elementos materiales probatorios en ese momento, tal como la orden de batalla o componente orgánico de la cuadrilla 21 de la ONT-FARC, de la Sexta Brigada del Batallón Caicedo de Chaparral donde hacían alusión a que el procesado, era miliciano de dicho grupo insurgente, hechos valorados por el funcionario judicial lo que conllevó al establecimiento de la medida, es decir, se contaban con los elementos que permitían inferir, en su momento procesal inicial, que el imputado era presuntamente autor del punible endilgado.

Inconforme con esa decisión, la parte demandante sostuvo que la imposición de la medida de aseguramiento a Alcibiades Romero Medina se tornó injusta, ilícita y antijurídica, lo cual da lugar a que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado, esto se refleja en la sentencia absolutoria; además, de que existió una indebida interpretación de la ley frente a la conducta de la víctima como eximente de responsabilidad, pues, en la audiencia de juicio oral, la propia fiscalía solicitó la absolución de los acusados, aceptando que estos no desplegaron conductas típicas (conducta inexistente) que se adecuaban al delito de rebelión.

La circunstancia anterior, exige a la Sala estudiar si existió o no la privación injusta de la libertad que se alega, bajo la metodología establecida por el Consejo de Estado, es decir, determinar i) la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; ii) se debe analizar la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; iii) y, solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial); iv) en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; v) en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; vi) en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.

7.1 El daño.

De acuerdo a ello, tal como se precisó, en el *sub-lite*, advierte la Sala que se encuentra demostrado el **daño alegado respecto de la detención o privación de la libertad**, toda

vez que a los demandantes Alcibiades Romero Medina, efectivamente se le restringió su libertad en razón al punible de Rebelión a título de autor, medida de aseguramiento impuesta por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Chaparral.

Esta conclusión deviene del análisis de las pruebas, especialmente del acta concentrada de legalización de la captura, formulación de imputación, e imposición de medida de aseguramiento celebrada del 16 de julio de 2009³¹; y certificado de libertad del INPEC.³²

Lo anterior, permite a esta Corporación concluir que Alcibiades Romero Medina, estuvo privado de la libertad en detención domiciliaria, por lo que esta Sala puede determinar que la privación de la libertad - daño - se presentó del 16 de julio de 2009 al 12 de noviembre de 2009, es decir, 3 meses y 26 días.

7.2. De la imputación.

En este punto, indica la Sala que armonizando las actuales posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional³³ y del Consejo de Estado³⁴, en cuanto al análisis de responsabilidad por los eventos de privación injusta de la libertad, partiendo propiamente de la antijuridicidad, puede concluirse que ésta se configura sin mayores exigencias cuando las causales de libertad se originan en que *i)* el hecho no existió y *ii)* la conducta era objetivamente atípica, en los que incluso se ha avalado el título de imputación de responsabilidad objetiva; y en los demás supuestos, relacionados con la absolución porque *iii)* no cometió el delito, *iv)* se dio aplicación del principio *in dubio pro reo*, y *v)* otros eventos de liberan la responsabilidad penal, la antijuridicidad queda supeditada al análisis de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, pues no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en estos eventos, sino que es imprescindible, determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Bajo ese panorama jurisprudencial, en principio, se debe analizar si se cumplen los presupuestos para la configuración de alguna causal que dé lugar a la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad; así las cosas, se evidencia que el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué, el 16 de julio de 2016, emitió sentencia absolutoria a favor de Alcibiades Romero Medina y se concluyó, lo siguiente³⁵:

*“(...) No obstante lo dicho, vemos que la petición de la fiscalía, coadyuvada por la defensa en bloque, si encuentra eco, **ya que realmente ni siquiera se pudo demostrar por parte de la fiscalía que los procesados desplegaron conductas típicas, que se adecuaran claramente al delito de Rebelión.***

*Efectivamente, aquí podemos concluir que, si bien es cierto que los encartados, para la época de los hechos, desplegaron sendas conductas, naturalistamente entendidas, **también lo es que las mismas ni siquiera pueden catalogarse de típicas.***

³¹ Ver páginas 29-36 cuaderno principal- expediente digital

³² Ver página 26 cuaderno principal

³³ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas

³⁴ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 15 de agosto de 2018, radicado 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46947), y la sentencia Sección Tercera, Consejero Ponente José Roberto Sáchica Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, que reemplazo la sentencia antes anunciada, en cumplimiento de la sentencia de tutela (radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01).

³⁵ Ver páginas 41-46 cuaderno principal – expediente digital

En este caso, no podemos pregonar la existencia por parte de los encartados de conductas típicas, tal como lo reclaman los principios rectores del Código Penal. Sin este primer presupuesto dogmático no se puede inferir responsabilidad penal alguna, máximo que no solo basta con la aludida exigencia, sino que la misma debe satisfacer los demás presupuestos objetivos del tipo, también subjetivos, avanzar hacía la lesión o peligro del bien jurídicamente tutelado, y concluir en la culpabilidad como reproche, por tener la persona la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta o de determinarse conforme a ese entendimiento, pudiéndosele por ende exigir una conducta ajustada a derecho.

(...)

No se puede vislumbrar en momento alguno de la citada declaración, una conducta claramente típica por parte de los acusados, atentatoria del orden constitucional o legal vigente.

(...)

Realmente se observa orfandad probatoria en este proceso, y más de cargo, ya que recuérdese, la fiscalía es quien tiene el peso de la carga de la prueba incriminatoria, máxime si se tiene en cuenta que solamente se cuentan con informes de batalla de la autoridad militar, los cuales ni siquiera constituyen labores investigativas de policía judicial, ya que recuérdese, las fuerzas militares no tienen funciones de policía judicial.

*Y es más, en esta actuación, ni siquiera se ha hablado por parte de la fiscalía de entrevistas, he de ahí uno de los motivos por los cuales se rechazó su pretensión de prueba de referencia, sino de simples informe de batalla emanados de la Sexta Brigada del Ejército, concretamente del Batallón Caicedo de Chaparral (Tol), **por lo que realmente razón le asiste a todos los intervinientes en cuanto no se da cuenta en este proceso de una conducta típica desplegada por los acusados.***(...)"(negrilla fuera de texto)

De lo transcrito, se puede inferir que en el proceso penal no se llegó al convencimiento de la ejecución de las conductas punibles imputadas, concluyendo el juez penal que ni siquiera se tuvo certeza de la **tipicidad de la conducta**, siendo la tipicidad un elemento fundamental para la configuración de la conducta punible, es decir, que el daño alegado por la parte actora se encuentra debidamente demostrado y de esta manera no tenía el deber jurídico de soportarlo; más aún, cuando conforme a lo planteado por la Corte Constitucional en Sentencia SU-072 de 2018, en los casos de privación injusta de la libertad en los que se presenten casuales como que el hecho no existió y que la conducta es atípica, es posible la aplicación del régimen objetivo, pues, la decisión de privar a alguien de la libertad al imponer medida de aseguramiento requiere de la acreditación de esos presupuestos, por lo que en este asunto el daño antijurídico resulta evidente.

Teniendo en cuenta lo anterior y los recientes pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, es preciso advertir que en este asunto se puede imputar responsabilidad al Estado bajo el régimen objetivo, pues, la conducta delictiva atribuida a Alcibiades Romero Medina, llegó a ser atípica, sin que se probara su ejecución o realización; pues, en la sentencia absolutoria el juez penal funda su decisión al concluir de manera expresa que "(...) *ya que realmente ni siquiera se pudo demostrar por parte de la fiscalía que los procesados desplegaron conductas típicas, que se adecuaran claramente al delito de Rebelión*" y al analizar los elementos aportados al proceso penal ese mismo juez indicó: "Y es más, en esta actuación, ni siquiera se ha hablado por parte

de la fiscalía de entrevistas, he de ahí uno de los motivos por los cuales se rechazó su pretensión de prueba de referencia, sino de simples informe de batalla emanados de la Sexta Brigada del Ejército, concretamente del Batallón Caicedo de Chaparral (Tol), por lo que realmente razón le asiste a todos los intervinientes en cuanto no se da cuenta en este proceso de una conducta típica desplegada por los acusados”.

En conclusión, para la Sala al encontrarse probada las causales establecidas para la configuración de la responsabilidad de la demandada bajo el régimen objetivo, se impone la necesidad de imputar el daño antijurídico al Estado.

Por tanto, se deberá revocar la sentencia apelada y se deberá declarar la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad que sufrió Alcibiades Romero Medina.

7.3 Responsabilidad de las demandadas

Frente a la imputación del daño antijurídico a las entidades demandadas, se debe indicar que en este asunto la investigación penal que se llevó a cabo en contra Alcibiades Romero Medina, se tramitó por las **normas procedimentales de la Ley 906 de 2004**, por lo que las decisiones que involucren la privación de la libertad de las personas le corresponde a la Rama Judicial; sin embargo, esta actuación la realiza conforme a las pruebas que fueron aportadas por la Fiscalía General de la Nación, para este caso en particular, por parte de la Fiscalía 28 Seccional de Chaparral (Tolima).

Argumento que efectivamente comparte esta Corporación, pues si bien, en el sistema penal de la Ley 600 de 2000, el fiscal tenía un papel preponderante a lo largo del desarrollo procesal, comoquiera que en este sistema era el fiscal quien tomaba las decisiones de restringir la libertad personal en virtud de una medida de aseguramiento, valorando el material probatorio recaudado, es decir, no solo se dedicaba a investigar el hecho punible sino que también se encargaba de valorarlo, por lo que puede concluirse que el fiscal era quien tomaba las decisiones que afectaban derechos de carácter superior, sin previo control constitucional, y es hasta después de la calificación del mérito del sumario, que llegaba la figura del juez a tomar una determinación del caso; *contrario sensu*, al sistema penal acusatorio, en el que todas y cada una de las actuaciones del fiscal deben ser sometidas a un control jurisdiccional, es decir, la valoración del material probatorio está en cabeza del juez ya sea el de control de garantías o el de conocimiento, dependiendo de la instancia procesal en la que se encuentre, pero aún el recaudo de las pruebas y la exposición de la teoría delictiva continúa en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, siendo una función indispensable en la toma de decisión de imposición de medida de aseguramiento.

En ese sentido, la separación de funciones de investigación y juzgamiento constituye uno de los principios más importantes del Sistema Acusatorio, a partir del cual incluso se suele definir como “...uno en donde aparecen diferenciadas claramente tres funciones en el proceso penal, la función de acusación que a su turno implica previa investigación, la función de defensa frente a la acusación ..., y finalmente, la función de juzgamiento que la hace un juez o un jurado de conciencia como ente imparcial”³⁶

Ahora bien, con relación a la medida de privación de la libertad en la Ley 906 de 2004, el artículo 308 *ejusdem*, establece que el Juez de Control de Garantías a solicitud de la Fiscalía verificará que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y que resulte probable que el

³⁶ GRANADOS PEÑA, Jaime. “El Sistema Acusatorio en el Derecho Comparado y la nueva Fiscalía General en Colombia: Hacia una reinterpretación funcionalista”. En Programa de Capacitación OPDAT. Agosto de 1995.

imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia, *contrario sensu*, a lo establecido en la ley 600 de 2000, pues allí taxativamente se enlistaban los delitos que requerían tal medida.

De otra parte, también el delegado fiscal puede hacer uso del artículo 332 el Título VI, de la Preclusión, de la Ley 906 de 2004, en donde se muestra las causales mediante las cuales el ente investigador podrá solicitar la preclusión del proceso y evitar que continúe el agotamiento de las demás instancias procesales, empero es de advertir, con la aquiescencia siempre del Juez al presentarse las causales que establece la norma.

De acuerdo a ello, puede evidenciarse que le corresponde al Fiscal, valorar a partir de su labor investigativa si cuenta con los elementos de prueba necesarios para conseguir que el Juez de Control de Garantías imponga la medida de aseguramiento o el Juez de Conocimiento la declaratoria de responsabilidad penal, pues de no contar con estos elementos, es el propio orden jurídico el que le impone la necesidad de solicitar la preclusión, no de otra manera se entiende que en el numeral 6 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 haya incluido la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

Entonces, el Fiscal en el sistema penal acusatorio es el único legitimado para solicitar la medida o formular la acusación y la del Juez de control de garantías para imponer la medida o el Juez de Conocimiento para declarar la responsabilidad, lo cual para efectos de la imputación en sede de responsabilidad administrativa tiene unos efectos importantes, pues en el proceso acusatorio penal, la intervención de la Fiscalía y del Juez de Control de Garantías como regla general, en la decisión de privar de libertad a un sujeto investigado se tornan indispensables y complementarias a tal punto, que puede afirmarse sin lugar a equívocos, que sin la intervención de uno de estos dos entes, no es posible que se decrete la medida de aseguramiento de detención preventiva o incluso la decisión condenatoria.

Es viable llegar a esa conclusión, al identificar que es obligación de la Fiscalía adelantar las investigaciones y averiguaciones necesarias para recolectar los elementos materiales de prueba que le permitan formular la acusación y de ser necesario solicitar la imposición de la medida de aseguramiento, sumado a que es deber del ente investigador desarrollar su teoría del caso y demostrarla en un juicio oral y público, de forma que pueda desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al investigado a lo largo del proceso.

Además de ello, tenemos que el Juez en el sistema penal acusatorio tiene amplias restricciones probatorias a diferencia del sistema inquisitivo, de manera que sus decisiones están limitadas o restringidas al material probatorio que aporten las partes, para el caso que nos atañe la Fiscalía, de manera que la responsabilidad probatoria para la imposición de la medida de aseguramiento y la condena recae en la Fiscalía³⁷.

En la misma línea argumentativa, debe resaltarse que el Juez respecto de la medida de aseguramiento no tiene ninguna facultad oficiosa, es decir, nunca podrá dictar esta medida sin que previamente el Fiscal se la haya solicitado y fundamentado.

Entonces, si en desarrollo de un proceso penal regido por el sistema penal acusatorio, se priva de la libertad a un sujeto que posteriormente es absuelto, la Fiscalía deberá responder junto con la Rama Judicial por los daños padecidos, en la medida en que su intervención en la privación de la libertad es determinante, toda vez que a partir de los elementos probatorios por ella aportados se tomó la decisión de privar de la libertad cuando de imposición de medida de aseguramiento se trata, o en el evento de ser

³⁷ Sentencia C-396-2007: "En efecto, entre los instrumentos diseñados en la Ley 906 de 2004 para garantizar la imparcialidad objetiva del juez se encuentran los siguientes: i) el funcionario que instruye no juzga, ii) la pérdida de la iniciativa probatoria del juez, pues se entiende como un tercero imparcial que busca la justicia material y, **iii) la carga de la prueba de la responsabilidad penal corresponde a la Fiscalía.** Nótese que estos tres instrumentos para garantizar la neutralidad del juez están referidos al manejo de la prueba en el sistema penal acusatorio" (Negrilla fuera de texto)³⁷

absuelto, significa que el ente investigador no logró desvirtuar la presunción de inocencia que acompaña al investigado durante todo el proceso, lo que para esta Sala compromete la responsabilidad de la Fiscalía.

Es decir que en este caso existe responsabilidad tanto de la Fiscalía como del Juez frente al daño antijurídico causado.

Ahora, no puede olvidarse que frente al título de imputación de privación injusta de la libertad, nos encontramos frente a una responsabilidad de carácter objetiva, donde lo determinante es la antijuricidad del daño y no la imputación de responsabilidad, lo que amerita un juicio de valor sobre la conducta realizar por la Fiscalía o por la Rama Judicial, sin embargo, **como el régimen de imputación es objetivo**, tal y como quedó diseñado en el nuevo sistema penal acusatorio, la privación de la libertad supone la intervención directa tanto de la Fiscalía como del Juez, por lo que es forzoso para la Sala concluir que ambas entidades de manera solidaria son responsables del daño antijurídico causado.

Por último debe la Sala señalar, que interviniendo tanto la Fiscalía como la Rama Judicial en los hechos generadores del daño antijurídico y siguiendo la postura del Consejo de Estado a partir de la aplicación del artículo 2344 del Código Civil la responsabilidad es solidaria entre estas dos entidades, lo cual significa que el demandante tiene la facultad, a su elección, de hacer exigible la obligación indemnizatoria emanada de una condena judicial, a cualquiera, a varias, o a todas las personas que hubieren participado en la producción del hecho dañoso. Dicho de otro modo, el responsable solidario tiene la obligación de resarcir la totalidad de lo reclamado pese a que existan también otros deudores.

Así las cosas, tanto la Fiscalía General de la Nación como la Rama Judicial, son las autoridades llamadas a reparar el daño causado a la parte demandante como consecuencia de la privación injusta de la libertad a la que fue sometido Alcibiades Romero Medina.

7.4 INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

7.4.1 PERJUICIO MORAL

La parte demandante, solicitó el reconocimiento de perjuicios morales.

Al respecto, se debe advertir que el Consejo de Estado unificó jurisprudencia frente al reconocimiento de perjuicios morales, así:

(....) .- El alcance general de la unificación que se adopta en esta sentencia

30.- Las decisiones que se adoptarán están dirigidas, de una parte, a precisar que los perjuicios morales pueden inferirse, para la víctima directa, de la prueba de la privación de la libertad; y para su cónyuge o compañero (a) permanente, así como para sus parientes hasta el primer grado de consanguinidad, con la prueba de tal condición. La presunción jurisprudencial de perjuicios morales solo se refiere a dichas víctimas. En relación con las demás víctimas indirectas, aunque la prueba del parentesco puede ser apreciada en cada caso concreto como indicio de la existencia de relaciones estrechas con el detenido, se concluye que dicha prueba no es suficiente para demostrar la existencia de perjuicios morales indemnizables; en este caso, los perjuicios morales deben ser acreditados por la parte demandante con otros medios de prueba. Por último, se reitera que las presunciones jurisprudenciales admiten prueba en contrario. (...)

39.- *En relación con la prueba del perjuicio moral para la (el) cónyuge o compañera (o) permanente de la víctima directa y sus parientes hasta el primer grado de consanguinidad, la Sala considera que respecto de ellos también puede inferirse la existencia del perjuicio moral con la sola prueba de su parentesco o relación con la víctima directa. En relación con los demás parientes de la víctima directa, la prueba del parentesco no es un indicio suficiente para acreditar los perjuicios morales*

41.- *Para la Sala, la inferencia en relación con las consecuencias que se derivan de la privación de la libertad del padre, hijo, cónyuge o compañero (a) permanente, es distinta a la que puede deducirse para los demás parientes de la víctima directa. Los efectos son distintos para quienes, por regla general, conviven con quien ha sido privado de la libertad o tienen respecto del mismo una relación necesaria de permanente contacto. La generalización o regla de experiencia que se adopta como fundamento de la deducción de los perjuicios morales para los primeros se sustenta en que son estos quienes ordinariamente mantienen entre ellos, durante toda la vida, relaciones estrechas y permanentes de apoyo afecto y solidaridad. Esa regla no se extiende a todos los parientes del detenido, porque la característica común del grupo de personas incluido dentro de la generalización se presenta usualmente solo respecto de ellas.*

42.- *Por lo tanto, en relación con los parientes que no se encuentren en el primer grado de consanguinidad y de los demandantes distintos del cónyuge o compañero (a) permanente, la prueba de la relación de parentesco no puede considerarse como un indicio suficiente del cual deba inferirse la existencia de una relación estrecha con la persona privada de la libertad. Este medio de prueba no es suficiente para demostrar el perjuicio moral y le corresponde al juez confrontarlo con los demás allegados al proceso, para determinar si, de su análisis en conjunto, puede inferirse la existencia de perjuicios morales derivados de la detención de la víctima directa.*

43.- *En relación con los parientes que no se encuentren en el primer grado de consanguinidad, o distintos del cónyuge o compañero (a) permanente, debe considerarse que solo tienen derecho a la indemnización quienes acrediten que han sufrido un perjuicio moral particular y grave (que es el que puede calificarse de antijurídico) como consecuencia de la privación de la libertad de otra persona.*

(...)

P.- Los topes máximos de indemnización

44.- *Si bien la tabla establecida en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 considera el tiempo de detención como criterio para determinar la cuantía de los perjuicios morales, presenta las siguientes dificultades: (i) no precisa si los montos establecidos en la tabla corresponden a rangos o topes de indemnización y (ii) no establece una indemnización progresiva, en función del tiempo de detención, dado que prevé una mayor cuantía para el primer período establecido en la tabla (detenciones con una duración igual o inferior a un mes), que decrece en los periodos posteriores, lo que arroja resultados que no resultan proporcionales.*

45.- *Para superar estos problemas, la Sala adoptará los siguientes topes para cuantificar los perjuicios morales de la víctima directa: (...)*

45.1.- Si la privación de la libertad tiene una duración **igual o inferior a un mes**, una suma fija equivalente a **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

45.2.- Si la privación de la libertad tiene una duración **superior a un mes**:

a.- **Por cada mes** adicional transcurrido, sin importar el número de días que tenga el mes, **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

b.- Por cada día adicional al último mes transcurrido, una fracción equivalente a **0,166 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, la cual se obtiene de dividir **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)** por **30 días**.

c.- La cuantía se incrementará hasta **cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 SMLMV)**, indemnización que recibirá la víctima directa cuando esté detenida por **20 meses o más tiempo**, con el objeto de mantener el tope máximo jurisprudencial, de acuerdo con la jurisprudencia antes indicada.

d.- De conformidad con los anteriores parámetros, los topes de indemnización de perjuicios morales para la víctima directa son los siguientes:

| Duración de la privación | Víctima directa en SMLMV |
|---------------------------------|---------------------------------|
| Entre un día y un mes | Suma fija de 5 SMLMV |
| Hasta 2 meses | Hasta 10 SMLMV |
| Hasta 3 meses | Hasta 15 SMLMV |
| Hasta 4 meses | Hasta 20 SMLMV |
| Hasta 5 meses | Hasta 25 SMLMV |
| Hasta 6 meses | Hasta 30 SMLMV |
| Hasta 7 meses | Hasta 35 SMLMV |
| Hasta 8 meses | Hasta 40 SMLMV |
| Hasta 9 meses | Hasta 45 SMLMV |
| Hasta 10 meses | Hasta 50 SMLMV |
| Hasta 11 meses | Hasta 55 SMLMV |
| Hasta 12 meses | Hasta 60 SMLMV |
| Hasta 13 meses | Hasta 65 SMLMV |
| Hasta 14 meses | Hasta 70 SMLMV |
| Hasta 15 meses | Hasta 75 SMLMV |
| Hasta 16 meses | Hasta 80 SMLMV |
| Hasta 17 meses | Hasta 85 SMLMV |
| Hasta 18 meses | Hasta 90 SMLMV |

| | |
|-----------------------|-----------------|
| Hasta 19 meses | Hasta 95 SMLMV |
| 20 meses o más | Hasta 100 SMLMV |

e.- Y la fórmula para determinar la cuantía de los perjuicios morales de la víctima directa es:

$$PM = (\text{número de meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (\text{fracción adicional de días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

f.- El tope de indemnización de perjuicios morales de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la víctima directa solamente podrá ser superado en casos excepcionales, evento en el cual deberá motivarse detalladamente esta decisión y las razones que justifican tal determinación, hasta un monto máximo de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

i) Reducción en el caso de detención domiciliaria

46.- Estima la Sala que, también como regla general, la intensidad del perjuicio es sustancialmente inferior cuando se trata de detención domiciliaria, caso en el cual la persona no se ve privada del entorno material de su hogar ni de la compañía de su familia. Esta circunstancia incide en la determinación de la intensidad de los perjuicios morales que sufren la víctima directa y sus familiares. Por lo tanto, en casos de **detención domiciliaria**, la reparación deberá disminuirse en un **cincuenta por ciento (50%)**.

(...)

49.- De igual manera, no se estima justificado reconocer a favor de los cónyuges, compañeros permanentes o parientes en el primer grado de consanguinidad el mismo monto que se le otorga a la víctima directa que ha padecido la privación de la libertad. Nuevamente, se trata de daños frente a los cuales no puede afirmarse, por regla general, que tengan igual intensidad.

50.- El dolor sufrido por la víctima directa de la privación injusta de la libertad no es, por regla general, equiparable al que padecen sus familiares o personas cercanas, que no sufren personalmente la detención. La privación de la libertad, para el que la padece, implica sobrellevar una situación de hecho permanente; no poder realizar sus labores cotidianas; no vivir en su casa de habitación; no estar con sus seres queridos; no poder circular libremente; no poder autodeterminarse; y convivir con desconocidos. Es cierto que los parientes y personas cercanas (padres, hijos, pareja) sufren al saber que la víctima directa del daño se encuentra en tales circunstancias. Pero no resulta razonable considerar que, en todos los casos o por regla general, los dos dolores tienen la misma intensidad o el mismo grado, ni la misma permanencia o constancia durante el periodo de duración de la detención. En consecuencia, tampoco resulta razonable establecer una regla jurisprudencial de equiparación.³⁸

³⁸ María Cecilia M'Clausand, al referirse al dolor que sufren los parientes cercanos del detenido, anota que <<aunque el sufrimiento de estas por lo común es profundo no parece adecuado compararlo con el de quien ve restringida su libertad y padece en carne propia las condiciones de la reclusión>>. No descarta que existan situaciones excepcionales, que deben probarse, entre las cuales menciona el <<caso de los niños pequeños que deben ser separados de su madre recluida y llevados a un lugar especial donde, si bien reciben la protección del Estado, carecen de la compañía familiar>>. M'Causland Sánchez, María Cecilia. *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2019. Págs. 470 y 471.

(...)

R.- Las reglas de unificación

65.- Con fundamento en lo anterior, la Sala adoptará las siguientes reglas de unificación para el reconocimiento y cuantificación de perjuicios en casos de responsabilidad del Estado por privación de la libertad:

65.1.- En relación con la víctima directa de la detención, tanto si se trata de detención en establecimiento carcelario, como si se trata de detención domiciliaria, la sola prueba de la privación de la libertad constituye presunción de perjuicio moral para ella.

65.2.- En relación con los parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente, la prueba de tales calidades constituye presunción del perjuicio moral para ellos.

65.3.- Las presunciones establecidas en las dos reglas anteriores podrán desvirtuarse por la parte demandada.

65.4.- En relación con las demás víctimas indirectas, la prueba del parentesco no es una presunción del perjuicio moral. En tales casos, el juez determinará si el demandante cumplió la carga de acreditar la existencia del perjuicio moral derivado de la existencia de una relación estrecha con el detenido, de la cual pueda inferirse la existencia de un perjuicio moral indemnizable.

65.5.- Los topes máximos de indemnización se establecen de la siguiente forma para la víctima directa:

a.- Si la privación de la libertad tiene una duración **igual o inferior a un mes**, una suma fija equivalente a **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

b.- Si la privación de la libertad tiene una duración **superior a un mes**:

- **Por cada mes** adicional transcurrido, sin importar el número de días que tenga el mes, **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

- Por cada día adicional al último mes transcurrido, una fracción equivalente a **0,166 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, la cual se obtiene de dividir **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)** por **30 días**.

- La cuantía se incrementará hasta **cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 SMLMV)**, indemnización que recibirá la víctima directa cuando esté detenida por **20 meses o más tiempo**, con el objeto de mantener el tope máximo jurisprudencial, de acuerdo con la jurisprudencia antes indicada.

- De conformidad con los anteriores parámetros, los topes de indemnización de perjuicios morales para la víctima directa son los siguientes:

| Duración de la privación | Víctima directa en SMLMV |
|---------------------------------|---------------------------------|
|---------------------------------|---------------------------------|

| | |
|------------------------------|----------------------|
| Entre un día y un mes | Suma fija de 5 SMLMV |
| Hasta 2 meses | Hasta 10 SMLMV |
| Hasta 3 meses | Hasta 15 SMLMV |
| Hasta 4 meses | Hasta 20 SMLMV |
| Hasta 5 meses | Hasta 25 SMLMV |
| Hasta 6 meses | Hasta 30 SMLMV |
| Hasta 7 meses | Hasta 35 SMLMV |
| Hasta 8 meses | Hasta 40 SMLMV |
| Hasta 9 meses | Hasta 45 SMLMV |
| Hasta 10 meses | Hasta 50 SMLMV |
| Hasta 11 meses | Hasta 55 SMLMV |
| Hasta 12 meses | Hasta 60 SMLMV |
| Hasta 13 meses | Hasta 65 SMLMV |
| Hasta 14 meses | Hasta 70 SMLMV |
| Hasta 15 meses | Hasta 75 SMLMV |
| Hasta 16 meses | Hasta 80 SMLMV |
| Hasta 17 meses | Hasta 85 SMLMV |
| Hasta 18 meses | Hasta 90 SMLMV |
| Hasta 19 meses | Hasta 95 SMLMV |
| 20 meses o más | Hasta 100 SMLMV |

- En consecuencia, la fórmula para determinar la cuantía de los perjuicios morales de la víctima directa es:

$$PM = (\text{número de meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (\text{fracción adicional de días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

- En casos de **detención domiciliaria**, la cuantía de los perjuicios morales sufridos por la víctima directa se disminuirá en un **50%**.

65.6.- Para las víctimas indirectas, los topes máximos de indemnización se determinan a partir del monto reconocido a la víctima directa, de la siguiente manera:

a.- A los **parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente**, el **cincuenta por ciento (50%)** de lo que le corresponda a la víctima directa.

b.- A los **demás demandantes**, cuando acrediten los perjuicios morales, el **treinta por ciento (30%)** de lo que le corresponda a la víctima directa.

65.7.- Para la determinación del monto final de la indemnización de las víctimas indirectas dentro de los topes máximos antes señalados, la cuantificación deberá estar fundamentada en las pruebas que obren en el expediente y ella deberá ser motivada según lo probado en cada caso.

65.8.- Se reitera lo señalado en las anteriores jurisprudencias de unificación en lo relativo a que todos los topes que aquí se establecen podrán ser superados cuando se acrediten circunstancias que evidencien una gravedad e intensidad excepcional en el perjuicio moral sufrido por el detenido o las víctimas indirectas de la detención, las cuales podrán estar relacionadas con la gravedad del delito por el cual el sindicado fue investigado o acusado y las circunstancias particulares afrontadas con ocasión de la detención. En estos eventos, la decisión y las razones que justifican tal determinación deberán motivarse detalladamente. Finalmente, se establece que en ningún caso la indemnización podrá superar los trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la víctima directa.

(...)

Los perjuicios morales sufridos por las víctimas indirectas

76.- Para demostrar los perjuicios morales sufridos por las víctimas indirectas, los demandantes: **(i)** allegaron los correspondientes registros civiles de nacimiento para acreditar su parentesco con los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo y **(ii)** solicitaron los testimonios de personas cercanas a las familias de los detenidos.

77.- En relación con la prueba de los perjuicios morales sufridos por los familiares de la demandante **Berenice Díaz Buitrago**, la Sala destaca que:

77.1.- Con la copia de los registros civiles que obran en el expediente está acreditado que los demandantes tienen los siguientes vínculos de parentesco con Berenice Díaz Buitrago:

Madre: Crisanta Buitrago de Díaz³⁹

Padre: Esteban Díaz Gutiérrez⁴⁰.

Hijos: Ferley Vargas Díaz y Daniel Vargas Díaz⁴¹.

Hermanos: Orlando Díaz Buitrago, Ovidio Díaz Buitrago, Octavio Díaz Buitrago, Urbano Díaz Buitrago, Dídimo Díaz Buitrago, Albeiro Díaz Buitrago y Evelio Díaz Buitrago⁴².

77.2.- La presunción de la existencia de perjuicios morales en relación con la madre, padre e hijos de **Berenice Díaz Buitrago** no fue desvirtuada con las pruebas obrantes en el expediente.

77.3.- En relación con la intensidad de los perjuicios sufridos por los demandantes Ferley Vargas Díaz y Daniel Vargas Díaz, hijos de la víctima directa, los testigos Gladis Yaneth Torres Buitrago, Jairo Ramírez Ducuara y Ana Rosa Lombo Bejarano señalaron que eran menores y convivían con ella cuando

³⁹ F. 22, c. 2.

⁴⁰ Ibídem.

⁴¹ Fls. 17, 18, c. 1.

⁴² Fls. 20, 21, 23, 24, 25, 26 y 27, c. 2.

*fue privada de la libertad, quedaron abandonados en <<manos de los vecinos>> y agregaron que la situación los afectó mucho porque ella era la <<cabeza del hogar>>. Estas circunstancias imponen decretar a su favor el tope máximo de indemnización, previsto en el 50% del perjuicio moral acordado para la víctima directa. Por lo tanto, se reconocerá a favor de cada uno de estos demandantes una reparación correspondiente a **15,75 salarios mínimos legales mensuales vigentes**.*

*77.4.- En relación con los padres de **Berenice Díaz Buitrago**, los testimonios recibidos hicieron referencia genérica al sufrimiento que la detención generó en toda su <<familia>>, por lo que el perjuicio en relación con ellos se cuantificará en el 40% del perjuicio moral acordado para la víctima directa, lo que equivale a **12,60 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno**. (...)”⁴³*

La parte actora solicitó, perjuicios morales por la privación de la libertad de Alcibiades Romero Medina (qepd), a favor de Marleny Reinoso de Romero en calidad de esposa, Mariela Romero Reinoso, Sandra María Romero Reinoso, Alcibiades Romero Reinoso, Yadhith Romero Reinoso, Viviana Andrea Romero Reinoso y Diana Marleny Romero Reinoso, en calidad de hijos.

Debido a que no se desvirtuó la presunción de los perjuicios morales sufridos por Alcibiades Romero Medina (qepd), con ocasión de la privación de su libertad y teniendo en cuenta que la privación se prolongó por 3 meses y 26 días (detención domiciliaria), como se indicó previamente, para la liquidación se tendrá en cuenta que:

Fórmula para la liquidación de los perjuicios morales:

$$PM = (\text{número de meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (\text{fracción adicional de días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

$$PM = (3 \text{ meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (26 \text{ días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

$$PM = 15 \text{ SMLMV} + 4,316 \text{ SMLMV}$$

$$PM = 19,316 \text{ SMLMV}$$

El monto de la indemnización de los perjuicios morales sufridos por la privación de la libertad de Alcibiades Romero Medina (qepd), sería de 19,316 SMLMV, por el tiempo que estuvo detenido; sin embargo, como se trató de una detención domiciliaria, el monto deberá disminuirse en un 50%, dando un total a reconocer de 9,658 salarios mínimos legales mensuales vigente; lo anterior como parámetro para establecer el monto de la indemnización de las víctimas indirectas.

El Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 29 de noviembre de 2021, estableció que los topes de los perjuicios morales para las víctimas indirectas eran los siguientes: para los parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente el cincuenta por ciento (50%) de lo que le corresponda a la víctima directa. Y para los demás demandantes, cuando acrediten

⁴³ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera; Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, Bogotá D. C., Veintinueve (29) De Noviembre De Dos Mil Veintiuno (2021), Radicación Número: 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681)

los perjuicios morales, el tope máximo es del treinta por ciento (30%) de lo que le corresponda a la víctima directa

Igualmente, señaló que para la determinación del monto final de la indemnización de las víctimas indirectas dentro de los topes máximos antes señalados, la cuantificación deberá estar fundamentada en las pruebas que obren en el expediente y ella deberá ser motivada según lo probado en cada caso.

En este asunto, se encuentra acreditado el vínculo marital entre Marleny Reinoso de Romero y Alcibiades Romero Medina (qepd), pues, se aportó la partida de matrimonio No. 190024 de la Parroquia San Juan Bautista de Chaparral – Tolima.

Se encuentra demostrado el parentesco entre la víctima directa y quienes acuden al proceso en calidad de hijos; por tanto, se reconocerá el porcentaje de 4,829 SMLMV, a favor de Marleny Reinoso de Romero en calidad de esposa, y 4,829 SMLMV para cada uno de los hijos, esto es, de Mariela Romero Reinoso, Sandra María Romero Reinoso, Alcibiades Romero Reinoso, Yadith Romero Reinoso, Viviana Andrea Romero Reinoso y Diana Marleny Romero Reinoso.

7.4.2 AFECTACIÓN RELEVANTE A BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS

La parte demandante, solicitó en este asunto la imposición de medidas de reparación integral no pecuniarias a su favor.

En este asunto, quedo probado que existió una medida de aseguramiento en contra de Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco Campos; sin embargo, con posterioridad se profirió sentencia absolutoria a su favor en la que se concluyó que **“(…) realmente ni siquiera se pudo demostrar por parte de la fiscalía que los procesados desplegaron conductas típicas, que se adecuaran claramente al delito de Rebelión”** y al analizar los elementos aportados al proceso penal ese mismo juez indicó: **“Y es más, en esta actuación, ni siquiera se ha hablado por parte de la fiscalía de entrevistas, he de ahí uno de los motivos por los cuales se rechazó su pretensión de prueba de referencia, sino de simples informe de batalla emanados de la Sexta Brigada del Ejército, concretamente del Batallón Caicedo de Chaparral (Tol), por lo que realmente razón le asiste a todos los intervinientes en cuanto no se da cuenta en este proceso de una conducta típica desplegada por los acusados”**; es decir, que se sometió a un proceso penal aun cuando ni siquiera se pudo demostrar que el procesado desplegó conducta típica, lo cual se entiende afectó su buen nombre.

En relación con el daño por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, el Consejo de Estado ha indicado⁴⁴:

“(…) Al encontrarse que existió una condena penal al señor Hugo Domínguez Albarracín por la autoría presunta de un delito que dio a la privación de su libertad personal, la Sala evidencia una afectación al buen nombre del demandante, de suerte que se torna en una afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

El buen nombre hace referencia a la buena opinión que se forma de una

⁴⁴ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera-Subsección B; Consejero Ponente: Fredy Ibarra Martínez, Bogotá Dc, Dos (2) De Noviembre De Dos Mil Veintiuno (2021), Radicación Número: 68001-23-31-000-2005-03051-01(55892)

determinada persona, es decir el concepto favorable que tienen los congéneres o la comunidad de alguien en particular. Para la Sala la medida restrictiva de la libertad por sí misma tiene la potencialidad para generar descrédito, señalamiento y estigmatización y al ser injusta esta privación por demostrarse que el reproche penal consolidado con la detención fue anulado a través de sentencia absolutoria definitiva es suficiente para tener por acreditada la afectación al buen nombre, que en el caso particular se encuentra también demostrada con el testimonio del señor Luis Rafael Casas Garzón⁴⁵.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en aquellos casos en los que se evidencia que la víctima ha sido ilegal y arbitrariamente privada de su libertad ha ordenado como garantía destinada a restituir el derecho al buen nombre, que se hagan publicaciones en las que se indique que el afectado es ajeno a todos los cargos que se le imputaron⁴⁶.

Se ordenará, en consecuencia, a la Nación - Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación que emita un comunicado en el que se disculpe con la víctima por el perjuicio causado y reconozca que él no era responsable del delito que se le imputó. De acuerdo con el principio según el cual este tipo de reparaciones integrales debe concertarse con la víctima, el demandante le informará a la demandada, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia, si dicho documento solamente le será entregado en físico a él o si, además, desea que se publique en las plataformas de comunicación y difusión de la entidad, y a ello se procederá una vez así sea comunicado. De no hacerse ninguna manifestación durante esa etapa, se entenderá que la víctima opta porque las disculpas se expresen de manera privada, por lo que así se cumplirá de manera seguida.(...)”

Así las cosas, resulta procedente disponer una **medida no pecuniaria**, por lo que se ordenará a la Rama Judicial y a la Fiscalía General Nación que procedan a reconocer públicamente su responsabilidad por la privación injusta de la libertad de Alcibiades Romero Medina (qepd), reconocimiento que debe contener la respectiva disculpa dirigida a cada uno de los demandantes quienes sufrieron por la afectación al buen nombre de la víctima directa, lo anterior debe efectuarse a través de medios de comunicación de amplia circulación nacional; y dentro del término de dos meses, contados a partir de la ejecutoria de este fallo.

7.4.3 PERJUICIO MATERIAL – LUCRO CESANTE

La parte actora solicitó el reconocimiento del perjuicio material lucro cesante, por el tiempo en que Alcibiades Romero Medina, estuvo privado de la libertad más 9 meses que es el tiempo que se estima una persona se tarda en conseguir trabajo, a favor de su esposa

⁴⁵ Testigo quien al referirse a los perjuicios inmateriales sufridos por el actor señaló que “*el proceso penal le trajo muchos problemas de comportamiento, tanto como el desgano que tiene, las ganas de no vivir y sentirse señalado es lo más terrible*” (fl. 246, cdno. ppal.).

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007. En esta oportunidad, la Corte Interamericana se ocupó de decidir el caso de dos personas que habían sido investigadas y privadas ilegalmente de su libertad por presuntamente pertenecer a una organización dedicada al tráfico internacional de narcóticos. La detención de las víctimas fue ilegal y se prolongó injustificadamente. Aunque el Estado ecuatoriano ordenó que se quitaran las publicaciones y registros que hacían alusión a los ilícitos por los cuales las víctimas fueron investigadas, la Corte indicó que si bien con ello se buscaba restituir del buen nombre de los actores, como medida de reparación integral de las víctimas se debía realizar una publicación en la cual se señalara específicamente que fueron ilegal y arbitrariamente privadas de su libertad, lo anterior, con la finalidad de restituir el buen nombre y como garantías de no repetición.

Marleny Reinoso de Romero, teniendo en cuenta que la víctima directa falleció el 27 de octubre de 2017, según registro civil de defunción aportado al proceso.⁴⁷

En primer lugar, la parte actora solicita incluir dentro de la liquidación del lucro cesante el tiempo de 9 meses que presuntamente se demora una persona en conseguir trabajo, frente a este aspecto, se debe indicar que las presunciones para la liquidación del perjuicio material de lucro cesante, en casos de privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado, ha indicado:

“(…) En suma, la Sala de la Sección optó por disponer indemnizaciones por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, en los eventos de privación injusta de la libertad, a partir de la aplicación de manera indistinta de presunciones de orden interpretativo; así, para la liquidación de este perjuicio, presumió que: i) ante la ausencia de la prueba del ingreso devengado por la víctima del daño, si se encontraba en una edad productiva, ésta recibía como ingreso, al menos, un salario mínimo legal mensual, incluso con independencia de que hubiera acreditado o no que al tiempo de la detención mantenía un vínculo laboral o desempeñaba una actividad que le reportara ingresos, ii) la víctima, luego de recobrar la libertad, requería un tiempo adicional para reubicarse laboralmente, sin importar para ello si era empleado o independiente y iii) el ingreso de la víctima debía incrementarse en un 25%, por concepto de prestaciones sociales, sin importar si, para cuando perdió libertad, era asalariado o no.

Sin embargo, a juicio de la Sala, resulta mejor, con miras a un adecuado ejercicio de la labor de impartir justicia, soslayar el uso de presunciones de orden jurisprudencial que lleven a reconocer de oficio perjuicios de este tipo, pues evitarlas y, por tanto, decidir con sustento en hechos o supuestos efectivamente probados garantiza de manera efectiva y eficaz el principio de congruencia de las sentencias y mantiene incólumes el principio de justicia rogada y el principio dispositivo⁴⁸, los cuales orientan la actividad y las decisiones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Agrégase a lo anterior que las orientaciones jurisprudenciales anteriormente mencionadas y las presunciones jurisprudenciales aplicadas con el objeto de determinar la existencia y el monto de los perjuicios materiales podrían entenderse en el sentido de que, cumplidas ciertas condiciones, los demandantes tienen derecho, per se, a obtener el pago de perjuicios en determinado monto; sin embargo, ello podría llevar a desconocer involuntariamente en algún caso que el reconocimiento de un perjuicio solo procede si ha sido solicitado por la parte interesada, lo que implica que ésta lo reclame de manera expresa y cuantifique su monto de manera razonada (artículo 162, numerales 2 y 6 del C.P.A.C.A. –antes artículo 137 del C.C.A.- y artículo 281 de C.G.P. –antes 305 del C. de P.C.-) y a ello se puede acceder siempre que dicha parte haya cumplido con la carga de acreditar tanto la existencia como la cuantía del perjuicio.

⁴⁷ Ver documento denominado “23. Registro civil defunción” – cuaderno principal expediente digital

⁴⁸ El principio dispositivo ha sido definido por la doctrina como “La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin. O como dice COUTURE: ‘es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso’. “Son características de esta regla las siguientes:

“El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado” (LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio: “Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General”, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, pág. 106).

La ausencia de petición, en los términos anteriores, así como el incumplimiento de la carga probatoria dirigida a demostrar la existencia y cuantía de los perjuicios debe conducir, necesariamente, a denegar su decreto.

Los perjuicios materiales solo pueden decretarse previo estudio motivado y razonado que tenga en cuenta las pretensiones y las pruebas aportadas por la parte; así, solo se puede conceder al demandante el perjuicio reclamado, a partir de la apreciación razonada y específica que el juzgador realice de los medios probatorios obrantes en el expediente, en la que se consideren las circunstancias concretas que permitan deducir que, en efecto, la detención le generó la pérdida de un derecho cierto a obtener el ingreso que, de no haberse producido el daño, habría seguido percibiendo o podría haber percibido como producto de la labor que desempeñaba antes de ser privado de la libertad o que iba a empezar a percibir en razón de una relación existente pero que apenas iba a empezar a cumplirse.

Tratándose del lucro cesante causado durante la detención y de la imposibilidad de percibir un ingreso con posterioridad a la misma, el juzgador deberá tener en cuenta que no puede asimilarse el caso de una persona que tiene vigente una actividad productiva lícita que le genera ingresos por sus servicios que efectivamente se interrumpen o terminan con su detención, con el evento en que ésta no genera tal efecto o con aquel en el que esa actividad no existe y, por ende, la detención no implica la pérdida de un lucro económico.

En los casos en los que se pruebe que la detención produjo la pérdida del derecho cierto a obtener un beneficio económico, lo cual se presenta cuando la detención ha afectado el derecho a percibir un ingreso que se tenía o que con certeza se iba a empezar a percibir, el juzgador solo podrá disponer una condena si, a partir de las pruebas obrantes en el expediente, se cumplen los presupuestos para ello, frente a lo cual se requiere que se demuestre que la posibilidad de tener un ingreso era cierta, es decir, que correspondía a la continuación de una situación precedente o que iba a darse efectivamente por existir previamente una actividad productiva lícita ya consolidada que le permitiría a la víctima directa de la privación de la libertad obtener un determinado ingreso y que dejó de percibirlo como consecuencia de la detención.

Entonces, resulta oportuno recoger la jurisprudencia en torno a los parámetros empleados para la indemnización del lucro cesante y, en su lugar, unificarla en orden a establecer los criterios necesarios para: i) acceder al reconocimiento de este tipo de perjuicio y ii) proceder a su liquidación.

La precisión jurisprudencial tiene por objeto eliminar las presunciones que han llevado a considerar que la indemnización del perjuicio es un derecho que se tiene per se y establecer que su existencia y cuantía deben reconocerse solo: i) a partir de la ruptura de una relación laboral anterior o de una que, aun cuando futura, era cierta en tanto que ya estaba perfeccionada al producirse la privación de la libertad o ii) a partir de la existencia de una actividad productiva lícita previa no derivada de una relación laboral, pero de la cual emane la existencia del lucro cesante.

(...)

1.1.1 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.⁴⁹).

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).

(...)

2.2.1 Período indemnizable

El período indemnizable, para la liquidación del lucro cesante, en los eventos de privación injusta de la libertad, será el tiempo que duró la detención, es decir, el período que transcurrió desde cuando se materializó la orden de detención con la captura o la aprehensión física del afectado con la medida de aseguramiento y hasta cuando éste recobró materialmente la libertad o quedó ejecutoriada la providencia que puso fin a la actuación penal contra el investigado o sindicado, lo último que ocurra.

La liquidación del lucro cesante comprenderá, si se pide en la demanda y se prueba suficientemente su monto, el valor de los ingresos ciertos que, de no haberse producido la privación de la libertad, hubiera percibido la víctima durante el tiempo que duró la detención y, además, si se solicita en la demanda, el valor de los ingresos que se acredite suficientemente que hubiera percibido la víctima después de recuperar su libertad y que se frustraron con ocasión de pérdida de ésta.

2.2.2 Ingreso base de liquidación

El ingreso base de liquidación deber ser lo que se pruebe fehacientemente que devengaba la víctima al tiempo de su detención, proveniente del ejercicio de la actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos.

(...)

2.2.3 Aplicación del salario mínimo legal mensual

Quando se acredite suficientemente que la persona privada injustamente de la libertad desempeñaba al tiempo de su detención una actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos y que no pudo continuar desempeñando por causa de la detención, pero se carezca de la prueba suficiente del monto del ingreso devengado producto del ejercicio de tal actividad lícita o la privada de la libertad

⁴⁹ Para la Corte Constitucional (sentencia T-733 de 2013): “La noción de carga de la prueba ‘onus probandi’ es una herramienta procesal que permite a las partes aportar los elementos de prueba para acreditar los hechos que alega el demandante o las excepciones propuestas por el demandando. Su aplicación trae como consecuencia que aquella parte que no aporte la prueba de lo que alega soporte las consecuencias. Puede afirmarse que la carga de la prueba es la obligación de ‘probar’, de presentar la prueba o de suministrarla cuando no ‘el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no (sic) existencia de un hecho afirmado’, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero”.

*haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, **la liquidación del lucro cesante se debe hacer teniendo como ingreso base el valor del salario mínimo legal mensual vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso de reparación directa**, lo cual se aplica teniendo en cuenta que, de conformidad con lo previsto en la ley 100 de 1993, ese es el ingreso mínimo o el salario base de cotización al sistema general de seguridad social (artículos 15 y 204) y, además, que el artículo 53 constitucional ordena tener en cuenta el principio de la “remuneración mínima vital y móvil” y que, según el artículo 145 del Código Sustantivo del Trabajo, “... el salario mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a las necesidades normales y a las de su familia”. (...)⁵⁰*

Con base en lo expuesto, y en relación con las presunciones para la liquidación del perjuicio material de lucro cesante, en casos de privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado en la mencionada sentencia de unificación, indicó que si bien venía reconociendo lucro cesante aplicando indistintas presunciones de orden interpretativo, lo cierto es que a partir de ese pronunciamiento, consideró que para un adecuado ejercicio de la labor de impartir justicia, lo mejor era soslayar el uso de presunciones de orden jurisprudencial que llevaban reconociendo y emitir condenas o decidir con sustento en hechos o supuestos efectivamente probados para garantizar de manera efectiva y eficaz el principio de congruencia de las sentencias.

Y así, la misma Corporación, determinó que todo daño y perjuicios solicitados por la parte actora se indemnice por concepto de lucro cesante debe tener prueba suficiente que lo acredite, porque de lo contrario no se puede acceder a reconocimiento alguno.

De esta manera, en un caso similar de privación injusta, la misma corporación, sostuvo:

“(...) 19.- La parte actora solicitó (i) <<el reconocimiento de todos los salarios y demás emolumentos que pudo devengar o percibir el demandante Altamar Martínez mientras estuvo privado de la libertad, con base en el último sueldo devengado el día anterior a su detención>>; (ii) <<el reconocimiento de un pago sobre el tiempo adicional que jurisprudencialmente se ha reconocido para efectos de la reinserción laboral>>.

20.- Según la certificación laboral emitida por la DIAN y allegada al proceso por la parte actora, el contrato laboral del demandante Altamar Martínez vencía el 31 de julio de 2006, es decir unos días después de su captura, la cual se llevó a cabo el 24 de julio de 2006. Por lo tanto, el período a indemnizar por concepto de lucro cesante se debería extender solo hasta la fecha de terminación del contrato laboral.

*21.- **Tampoco es procedente el reconocimiento del período de reubicación laboral. Según la sentencia de unificación del Consejo de Estado, del 18 de julio de 2019⁵¹, para que éste pueda ser computado dentro del lucro cesante, se requiere que haya sido solicitado expresamente en la demanda y que se demuestre plenamente que la víctima directa no pudo ser nuevamente empleado luego de la privación de la libertad. En este caso, no es procedente su reconocimiento porque la parte actora no acreditó que,***

⁵⁰ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera; Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, Bogotá, D.C., Dieciocho (18) De Julio De Dos Mil Diecinueve (2019), Radicación Número: 73001-23-31-000-2009-00133-01(44572)

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 18 de julio de 2019, Expediente 44572. M.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

una vez en libertad, hubiera decidido emprender la búsqueda de encontrar trabajo o una actividad económica productiva. (...)⁵²(negrilla fuera de texto)

Así las cosas, no es posible acceder a la petición de reconocimiento del término de 9 meses como término adicional para liquidación del perjuicio de lucro cesante, correspondiente al lapso en que dura una persona para conseguir empleo, ya que la parte actora ni siquiera cumplió con la carga de la afirmación sostenida, esto es, no demostró el tiempo que efectivamente se tardó en conseguir trabajo las víctimas directas, una vez recuperaron su libertad.

Ahora bien, frente al reconocimiento del lucro cesante, se reitera que, de conformidad con el criterio jurisprudencial unificado⁵³, para el reconocimiento de este perjuicio debe: **(i)** haber sido solicitado en la demanda y **(ii)** estar demostrado que al momento de su detención la persona desempeñaba una actividad económica y que debido a la privación de la libertad dejó de percibir ingresos. En relación con la liquidación del perjuicio se indicó que: **(i)** el periodo indemnizable es el tiempo que duró la detención, desde la aprehensión física hasta <<cuando éste recobró materialmente la libertad o quedó ejecutoriada la providencia que puso fin a la actuación penal contra el investigado o sindicado, lo último que ocurra>>; **(ii)** el ingreso base de liquidación debe estar probado, y en caso de que se pruebe que la persona desempeñaba una actividad lícita pero no el monto devengado <<la liquidación del lucro cesante se debe hacer teniendo como ingreso base el valor del salario mínimo legal mensual vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso de reparación directa>> y **(iii)** es viable el reconocimiento del 25% por prestaciones sociales en caso de que se acredite una relación laboral subordinada, siempre y cuando se haya solicitado en la demanda.

Ahora bien, a partir del testimonio Adolfo Sánchez Díaz, se logra inferir que Alcibiades Romero Medina, al momento de la detención era productor de café y tenía una finca con la que devengaban su sustento en la jurisdicción de las Hermosas Chaparral.

Por tanto, con esta prueba se pudo acreditar que Alcibiades Romero Medina (qepd) desarrollaba una actividad lícita. Sin embargo, no se allegó prueba suficiente del monto al que ascendían sus ingresos; por lo tanto, el lucro cesante se liquidará con base en el salario mínimo legal vigente para este momento, sin ningún tipo de incremento por concepto de prestaciones sociales comoquiera que se trataba de una actividad independiente y no acreditó vinculación laboral.

- i) Lucro cesante a favor de la esposa de Alcibiades Romero Medina (qepd)

Para la liquidación del perjuicio se tendrá en cuenta:

- a.- Periodo indemnizable: es el tiempo de la privación, esto es, 3 meses y 26 días (16 de julio de 2009 al 12 de noviembre de 2009)
b.- Salario mínimo 2022: \$ 1.000.000.
c.- Se calcula con base en la siguiente fórmula:

⁵² Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera-Subsección B; Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, Bogotá D.C., Diecinueve (19) De Febrero De Dos Mil Veintiuno (2021), Radicación Número: 25000-23-26-000-2011-00641-01(48602)

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572). Sentencia del 18 de julio de 2019. M.P.: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera

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

Donde:

S= Valor de indemnización por el período

Ra= Renta actualizada

i= Interés técnico del 0,004867

n= Número de meses a indemnizar: 3,81

1= Constante

$$S = 1.000.000 \frac{(1 + 0,004867)^{3,81} - 1}{0,004867}$$

S = \$3.836.129,87

Es decir, se reconocerá a favor de Marleny Reinoso de Romero en calidad de esposa de la víctima directa de la privación injusta Alcibiades Romero Medina (qepd) la suma de \$3.836.129,87 por concepto de lucro cesante.

8. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

El CPACA en el artículo 188 señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que este compilado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso para la liquidación y ejecución de las agencias en derecho.

El Consejo de Estado en sentencia proferida el 01 de abril de 2016, con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso con radicado 7001-23-33-000-2013-00065-01 promovido por el señor Ramiro Antonio Barreto Rojas contra la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, enfatizó en que el Juez Contencioso Administrativo no está atado a los postulados dispuestos en el artículo 365 del CPG para la imposición de costas. Sobre el particular la sentencia en comento reza:

“(…) a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. (Subrayado fuera del texto)”

Con fundamento en las consideraciones antes expuestas, la misma Corporación, en sentencia de 18 de agosto de 2018 dentro del proceso con radicado 73001-23-33-000-2014-00723-01, sostuvo:

“(…) esta Sala considera que la referida normativa (se refiere al artículo 188 del CPACA) deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y

comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorable a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe (...).”

En este orden, la imposición de costas comporta un análisis subjetivo del juez contencioso limitado solo por juicios de ponderación que pueden ir desde la temeridad hasta el cambio de precedente jurisprudencial, pasando por criterios de orden económico, entre otros.

Entonces, así en el proceso no se haya acreditado que el actor hubiera actuado bajo parámetros de mala fe o deslealtad procesal, también es cierto que la entidad demandada debió desplegar defensa técnica, que intervino en las correspondientes etapas procesales, para oponerse a la prosperidad de lo pretendido por el actor, luego, está dado el presupuesto de orden económico para la concesión de costas a favor de la accionada, por concepto de agencias en derecho.

De acuerdo a la misma norma en cita (art. 188 del CPACA), las costas se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso.

Por lo anterior, se condenará a la parte demandada (Rama Judicial -Fiscalía General de la Nación), en las costas de ambas instancias en un salario mínimo legal mensual vigente para cada una de las demandadas y en cada una de las instancias, siempre y cuando se encuentre acreditado en el proceso. Y se ordenará a la secretaría del *a-quo* que liquide tales costas, conforme a las reglas mencionadas.

9. OTRAS CONSIDERACIONES

La presente providencia será estudiada y aprobada mediante la utilización de medios electrónicos, de acuerdo a lo establecido en la Ley 2213 de 2022.

Por lo anterior, esta providencia se circulará para su deliberación a través de correos electrónicos institucionales.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE:

REVOCAR la sentencia del 28 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, y en su lugar, quedará así:

PRIMERO: DECLARAR administrativa, patrimonial y solidariamente responsables a la Nación-Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial por la privación de la libertad de Alcibiades Romero Monreno (qepd).

SEGUNDO: CONDENAR solidariamente responsables a la Nación-Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial a pagar las siguientes indemnizaciones, por concepto de perjuicios morales:

- i) Perjuicios morales por la privación injusta de la libertad de Alcibiades Romero Monreno (qepd).

- A favor de Marleny Reinoso de Romero en calidad de esposa, la suma equivalente a 4,829 SMLMV.
- A favor de Mariela Romero Reinoso en calidad de hija, la suma equivalente a 4,829 SMLMV.
- A favor de Sandra María Romero Reinoso en calidad de hija, la suma equivalente a 4,829 SMLMV.
- A favor de Alcibiades Romero Reinoso en calidad de hijo, la suma equivalente a 4,829 SMLMV.
- A favor de Yadith Romero Reinoso en calidad de hija, la suma equivalente a 4,829 SMLMV
- A favor de Viviana Andrea Romero Reinoso en calidad de hija, la suma equivalente a 4,829 SMLMV
- A favor de Diana Marleny Romero Reinoso en calidad de hija, la suma equivalente a 4,829 SMLMV

TERCERO: ORDENAR como medida no pecuniaria, a la Rama Judicial y a la Fiscalía General Nación que procedan a reconocer públicamente su responsabilidad por la privación injusta de la libertad de Alcibiades Romero Medina (qepd), reconocimiento que debe contener la respectiva disculpa dirigida a cada uno de los demandantes quienes sufrieron por la afectación al buen nombre de la víctima directa, lo anterior debe efectuarse a través de medios de comunicación de amplia circulación nacional; y dentro del término de dos meses, contados a partir de la ejecutoria de este fallo.

CUARTO: CONDENAR solidariamente responsables a la Nación-Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial a pagar a favor de Marleny Reinoso de Romero en calidad de esposa de Alcibiades Romero Medina (qepd), la suma de \$3.836.129,87 por concepto de lucro cesante.

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandada (Rama Judicial -Fiscalía General de la Nación), en las costas de ambas instancias en un salario mínimo legal mensual vigente para cada una de las demandadas y en cada una de las instancias, siempre y cuando se encuentre acreditado en el proceso. Y se ordenará a la secretaría del *a-quo* que liquide tales costas, conforme a las reglas mencionadas

OCTAVO: Una vez en firme, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las constancias secretariales correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA



LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
Magistrado Ponente: LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Ibagué, tres (3) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 73001-33-33-012-2018-00322-01
Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA
Demandante: MARTHA CECILIA OROZCO CAMPOS - OTROS
Apoderado: RAÚL IGNACIO MOLANO FRANCO
Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL
Apoderada: RENUNCIÓ
Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Apoderada: MARTHA LILIANA OSPINA RODRÍGUEZ
TEMA: PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

I. SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el fallo proferido por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué el día 16 de diciembre de 2021, por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

La parte activa del proceso en ejercicio del medio de control de reparación directa, presentó demanda contra la Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial y la Fiscalía General de la Nación, con el fin de que sea declaradas administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios morales, materiales y daño a los bienes constitucionales y legales causados con ocasión a la privación injusta de la libertad de Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco Campos el día 15 de julio de 2009.

Como consecuencia de lo anterior, solicitan el reconocimiento de perjuicios materiales, morales y daño a los bienes constitucionales y legales.

2. HECHOS

Las circunstancias fácticas pertinentes para el respectivo estudio son:

2.1 El 15 de julio de 2009, Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco Campos fueron privados de su libertad hasta el día 13 de octubre de 2009, lo cual dio lugar a perjuicios materiales, morales y constitucionales, por el delito de rebelión.

2.2 El 16 de julio de 2016, se llevó a cabo juicio oral ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la ciudad de Ibagué y se dictó sentencia absolutoria a favor de Jorge Enrique García Moreno, esto por solicitud de la misma Fiscalía General de la Nación al no contar con ningún elemento probatorio.

2.3 Que en la sentencia absolutoria se concluyó que no se contaba con ningún elemento probatorio contra los procesados.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial¹.

Sostuvo que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por las razones de hecho y derecho que se debaten en este proceso.

Explica que, en sentencia del 10 agosto de 2015 5400123100020000183401 (30134), el Consejo de Estado, adoptó otra posición y cuyo eje estaba enfocado a realizar un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determinar si los argumentos que sustenta la exoneración penal, como podría ser la aplicación del principio del *in dubio pro reo*, esconde deficiencia en la actividad investigativa, de recaudo o valoración probatorio de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son los que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación.

Que la teoría presentada por la fiscalía al inicio del juicio oral, no encontró respaldo en las pruebas legalmente recaudadas y arrimadas al proceso, y que se presentaron falencias de tipo probatorio que conllevaron a que el Juez con Función de Conocimiento, no pudiera emitir sentencia condenatoria ante el hecho de que no se encontraba demostrada la responsabilidad de los procesados.

Que en la audiencia de imputación e imposición de medidas de aseguramiento que tuvo a su cargo el Juez de Control de Garantías; con base en las pruebas aportadas por la Fiscalía, se podía inferir de manera razonada la necesidad de la medida más no la responsabilidad del imputado en el delito endilgado, de tal manera 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 Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco Campos, 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.

Que cuando la fiscalía incumple sus deberes probatorios, y el juez debe absolver al procesado no surge la responsabilidad del Estado respecto de la Nación - Rama 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.

Por lo anterior, solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda.

3.2 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN²

Sostuvo que se opone a las pretensiones de la demanda.

Que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito

¹ Ver páginas 137-150 del cuaderno principal- expediente digital

² Páginas 116-132 del cuaderno principal – expediente digital

que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.

Que en este asunto, la Fiscalía solicitó orden de captura ante el Juez De Control de Garantías, y posteriormente acudió ante el Juez con función de control de garantías, donde se celebró la audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, declarándose esta legal por parte del Juez de Control de Garantías, en conclusión, quien ordena, legaliza la captura e impone la medida de aseguramiento es el juez de control de garantías y no la fiscalía.

Que en el nuevo Estatuto de Procedimiento Penal, a la Fiscalía le corresponde adelantar la investigación, para de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, pueda solicitar, como medida preventiva la detención del sindicado, si lo considera conveniente, correspondiéndole al Juez de garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía, y decretar las que estime procedentes, y así establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, es decir, que si todo se ajusta a derecho, es el Juez de Control de Garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer; sin que sea posible declarar la responsabilidad de esta entidad por "detención ilegal", ya que si bien es cierto se dio esta medida, ella no fue proferida por la Fiscalía.

Que es un requisito *sine qua non* para que proceda la responsabilidad patrimonial del Estado, la existencia de un daño antijurídico, y en el caso concreto la Fiscalía General De La Nación, no está legitimada para responder por los daños presuntamente causados a los demandantes por ello se hace necesario esgrimir como excepción la ausencia del daño con el fin de resolver desfavorablemente las pretensiones de la demanda, pues, si no hay daño antijurídico no hay lugar a reparación esto por cuanto además no todo daño implica necesariamente un perjuicio que se deba reclamar.

Y propuso las excepciones de: Falta de legitimación en la causa por pasiva, Ausencia de daño antijurídico e inimputabilidad del mismo a la Fiscalía General de la Nación e inexistencia del nexo causal.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

El Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, el 16 de diciembre de 2021, negó las pretensiones de la demanda, tras considerar que si bien Martha Cecilia Orozco Campos y Albeiro Serna Ospina, fueron absueltos, según parece porque los desmovilizados informantes no testificaron en el juicio oral, esa situación no podía determinarse o anticiparse desde las primeras audiencias preliminares; más aún, cuando el proceso penal se adelanta por etapas sucesivas, que conforme se van agotando permiten arribar en la sentencia a un grado de certeza "más allá de toda duda, acerca de delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio" (artículo 1 del CPP), de ahí que no podía exigirse al Delegado de la Fiscalía y al mismo Juez de Control de Garantías, que contaran con ese conocimiento desde una fase temprana del proceso penal.

³ Ver expediente digital

Concluyó que no está probada la falla del servicio, toda vez que la privación de la libertad de Martha Cecilia Orozco Campos y Albeiro Serna Ospina, no emerge injusta, irrazonable o desproporcionada, de conformidad con los preceptos que regulan esa materia.

5. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante en su apelación indicó que existió una indebida interpretación de la Ley frente a la conducta de la víctima como eximente de responsabilidad, pues, en la audiencia de juicio oral, la propia fiscalía solicitó la absolución de los acusados, aceptando que estos no desplegaron conductas típicas (conducta inexistente) que se adecuaran al delito de rebelión y por ende, al carecer de elementos materiales probatorios que sustentaran la existencia del ilícito, era necesaria la absolución.

Que a pesar que el a quo, indicó que la medida de aseguramiento fue necesaria, adecuada, proporcional, no analizó ni tuvo en cuenta que no cualquier prueba es un indicio grave de participación o comisión de un delito y que el informe militar no constituía labor investigativa policial, ya que el Ejército carecía de dicha función; por tanto, dentro del proceso penal existió una total orfandad investigativa de parte de la Fiscalía General de la Nación, lo que acarreo un daño antijurídico a los aquí demandantes.

Que la imposición de la medida a Martha Cecilia Orozco Campos y Albeiro Serna Ospina se torna injusta, ilícita y antijurídica, lo cual da lugar a que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado, lo cual se refleja en la sentencia absolutoria.

Por lo anterior, solicitó se revoque la sentencia apelada y se acceda a las pretensiones.

6. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El proceso fue radicado en esta Corporación el 18 de julio de 2022. Mediante auto del día 7 de octubre de 2022, se admitió el recurso de apelación.

El recurso de apelación se tramitó en los términos del numeral 5° del artículo 247 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

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

2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Deberá la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

- Determinar si existe responsabilidad patrimonial del Estado por la investigación penal adelantada en contra de Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco Campos en la que se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su domicilio por el delito de Rebelión, para luego culminar el proceso con absolución.

- En este asunto, si la víctima directa de la privación injusta de la libertad, se absolvió porque la conducta era atípica, hay lugar a la aplicación del régimen objetivo.
- Es imputable el daño tanto a la Rama Judicial como a la Fiscalía General de la Nación
- Es posible acceder al reconocimiento de los perjuicios materiales y morales alegados

3. TESIS DE LA SALA

La Sala revocará la sentencia apelada, y en su lugar accederá parcialmente a las pretensiones.

En el *sub-lite*, advierte la Sala que se encuentra demostrado el daño alegado respecto de la detención o privación de la libertad, toda vez que los demandantes efectivamente se le restringió su libertad en razón al punible de Rebelión.

En este punto, indica la Sala que armonizando las actuales posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional⁴ y del Consejo de Estado⁵, en cuanto al análisis de responsabilidad por los eventos de privación injusta de la libertad, partiendo propiamente de la antijuridicidad, puede concluirse que ésta se configura sin mayores exigencias cuando las causales de libertad se originan en que *i)* el hecho no existió y *ii)* la conducta era objetivamente atípica, en los que incluso se ha avalado el título de imputación de responsabilidad objetiva; y en los demás supuestos, relacionados con la absolución porque *iii)* no cometió el delito, *iv)* se dio aplicación del principio *in dubio pro reo*, y *v)* otros eventos de liberan la responsabilidad penal, la antijuridicidad queda supeditada al análisis de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, pues no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en estos eventos, sino que es imprescindible, determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Bajo ese panorama jurisprudencial, en principio, se debe analizar si se cumplen los presupuestos para la configuración de alguna causal que dé lugar a la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad; así las cosas, se evidencia la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué, del 16 de julio de 2016, mediante la cual se absolvió a Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco y se concluyó, lo siguiente: ***“(...) No obstante lo dicho, vemos que la petición de la fiscalía, coadyuvada por la defensa en bloque, si encuentra eco, ya que realmente ni siquiera se pudo demostrar por parte de la fiscalía que los procesados desplegaron conductas típicas, que se adecuaran claramente al delito de Rebelión.(...) Efectivamente, aquí podemos concluir que, si bien es cierto que los encartados, para la época de los hechos, desplegaron sendas conductas, naturalistamente entendidas, también lo es que las mismas ni siquiera pueden catalogarse de típicas.(...)”***

De lo transcrito, se puede inferir que en el proceso penal no se llegó al convencimiento de la ejecución de las conductas punibles imputadas, concluyendo el juez penal que ni siquiera se tuvo certeza de la tipicidad de la conducta, siendo la tipicidad un elemento fundamental para la configuración de la conducta punible, es decir, que el daño alegado por la parte actora se encuentra debidamente demostrado y de esta manera no tenía el

⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas

⁵ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 15 de agosto de 2018, radicado 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46947), y la sentencia Sección Tercera, Consejero Ponente José Roberto Sáchica Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, que reemplazo la sentencia antes anunciada, en cumplimiento de la sentencia de tutela (radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01).

deber jurídico de soportarlo; más aún, cuando conforme a lo planteado por la Corte Constitucional en Sentencia SU-072 de 2018, en los casos de privación injusta de la libertad en los que se presenten casuales como que el hecho no existió y que la conducta es atípica, es posible la aplicación del régimen objetivo, pues, la decisión de privar a alguien de la libertad al imponer medida de aseguramiento requiere de la acreditación de esos presupuestos, por lo que en este asunto el daño antijurídico resulta evidente.

Teniendo en cuenta lo anterior y los recientes pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, es preciso advertir que en este asunto se puede imputar responsabilidad al Estado bajo el régimen objetivo, pues, la conducta delictiva atribuida a los demandantes, llegó a ser atípicas, sin que se probara su ejecución o realización.

Ahora, no puede olvidarse que frente al título de imputación de privación injusta de la libertad, nos encontramos frente a una responsabilidad de carácter objetiva, donde lo determinante es la antijuricidad del daño y no la imputación de responsabilidad, lo que amerita un juicio de valor sobre la conducta realizar por la Fiscalía o por la Rama Judicial, sin embargo, **como el régimen de imputación es objetivo**, tal y como quedó diseñado en el nuevo sistema penal acusatorio, la privación de la libertad supone la intervención directa tanto de la Fiscalía como del Juez, por lo que es forzoso para la Sala concluir que ambas entidades de manera solidaria son responsables del daño antijurídico causado.

En relación al reconocimiento del perjuicio moral, se dará aplicación a la sentencia de unificación emitida por el Consejo de Estado⁶ en donde se establecen nuevos parámetros y topes para el reconocimiento y liquidación del perjuicio moral.

Por otra, parte, en relación con el daño por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, se dispondrá una medida no pecuniaria, por lo que se ordenará a la Rama Judicial y a la Fiscalía General Nación que procedan a reconocer públicamente su responsabilidad por la privación injusta de la libertad de Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco, reconocimiento que debe contener la respectiva disculpa dirigida a cada uno de los demandantes quienes sufrieron por la afectación al buen nombre de la víctima directa, lo anterior debe efectuarse a través de medios de comunicación de amplia circulación nacional; y dentro del término de dos meses, contados a partir de la ejecutoria de este fallo.

Y por último, frente al lucro cesante se debe advertir que las presunciones para la liquidación del perjuicio material de lucro cesante, en los casos de privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado ha indicado que si bien venía reconociendo lucro cesante aplicando indistintas presunciones de orden interpretativo, lo cierto es que para un adecuado ejercicio de la labor de impartir justicia, lo mejor era soslayar el uso de presunciones de orden jurisprudencial que llevaban reconociendo y emitir condenas o decidir con sustento en hechos o supuestos efectivamente probados para garantizar de manera efectiva y eficaz el principio de congruencia de las sentencias.

4. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

4.1 Fundamento normativo de la responsabilidad del Estado.

⁶ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera; Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, Bogotá D. C., Veintinueve (29) De Noviembre De Dos Mil Veintiuno (2021), Radicación Número: 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681)

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, se estableció como cláusula general de responsabilidad del Estado, los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión de las autoridades públicas, por ende, para concluir la responsabilidad se requiere la concurrencia de varios elementos configurativos a saber:

4.1.1 El daño Antijurídico, considerado como aquel menoscabo o detrimento que sufre una persona y que puede ser patrimonial o extrapatrimonial; sin embargo, para que genere responsabilidad debe ser cierto, personal y antijurídico. Es cierto, cuando efectivamente ocurre, de tal suerte que el hipotético no puede ser indemnizado; personal, en la medida que solo el afectado está legitimado para reclamarlo; y antijurídico, cuando la víctima no tenga el deber jurídico de soportarlo⁷, concepto que, por lo demás, se encuadra dentro de los principios constitucionales de solidaridad (Art. 1º), igualdad (Art. 13) y garantía integral del patrimonio de los ciudadanos (Arts. 2º y 58).

4.1.2 La imputación, entendida como aquel elemento de la responsabilidad a través del cual se le atribuye fáctica y jurídicamente el daño antijurídico a una autoridad del Estado.

En ese sentido, podemos indicar que la *imputación fáctica* corresponde desde el punto de vista de los hechos dañosos causados a un sujeto determinado, al estudio del nexo causal, no obstante, es de aclarar que no toda acción o hecho es de interés para el derecho, puesto que solo aquellos que generen un daño antijurídico deben ser estudiados. De igual manera, la imputación fáctica puede analizarse desde la omisión del Estado, evento en el cual estaremos ante criterios objetivos acudiéndose a valoraciones jurídico – normativas, en las que se constituyan, derechos, libertades o mínimamente se creen intereses para los administrados.

Por otro lado, la *imputación jurídica*, corresponde a los dos regímenes de imputación establecidos por la jurisprudencia: i) el *subjetivo*, por la falta o la falla en el servicio, correspondiente a aquellos eventos en que se evidencia que la conducta desplegada por el órgano estatal se enmarca en una actuación tardía, errada u omisiva que genera en los usuarios receptores del servicio una inconformidad e insatisfacción que se ve reflejada en daños antijurídicos susceptibles de ser reparados, es decir, que la anomalía en el funcionamiento y/o las actividades desplegadas por la Administración se materializa en la trasgresión de las obligaciones que le son propias; ii) el *objetivo*, corresponde a aquel título de imputación donde no media la culpa o la falla en el servicio, pero es posible determinar la responsabilidad bajo el análisis de regímenes, como el daño especial o el riesgo excepcional.

El daño especial tiene lugar para aquellos eventos cuando el Estado en el ejercicio de sus funciones y obrando dentro de su competencia y ceñido a la ley, produce con su actuación perjuicios a los administrados que son especiales y anormales en el sentido que implican una carga o sacrificio adicional al que los coasociados normalmente deben soportar por el hecho de vivir en sociedad, y cuando el equilibrio se rompe perdiéndose así el principio de igualdad por el obrar legítimo de la administración, es necesario restablecer el equilibrio a través de la indemnización de los perjuicios ocasionados.

⁷ Sobre el daño antijurídico el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C. P.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN, en sentencia del 26 de mayo 2011, radicación N°: 19001-23-31-000-1998-03400-01 (20097), expuso su concepto acogiendo los términos siguientes: “El concepto del daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”.

Por su parte el riesgo excepcional, se configura cuando la administración en desarrollo de una obra o actividad de servicio público, emplea recursos o medios que colocan a los administrados o a sus bienes en una situación de riesgo⁸, que dada su gravedad excede las cargas que normalmente deben soportar los ciudadanos y al materializarse el riesgo, se produce un daño indemnizable.

Por ende, corresponde al Juez analizar los hechos de cada caso concreto y determinar el régimen de responsabilidad aplicable, para resolver el asunto sometido a su consideración de acuerdo con los elementos probatorios allegados, entonces, aunque el demandante haya encuadrado el litigio en un título de imputación disímil, es posible en acciones de reparación directa que el juez en aplicación al principio de *iura novit curia*, establezca el título de imputación.

Así mismo, independientemente del régimen o título de imputación, la entidad demandada puede exonerarse de responsabilidad, acreditando una causal eximente, como la fuerza mayor, el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, o cualquier causa extraña que enerve las pretensiones de la demanda.

5. De la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad.

El alcance de la modalidad de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, ha sido un tema tratado de forma activa en la jurisprudencia del Consejo de Estado, determinando que su configuración opera cuando la persona que padece la detención es absuelta de responsabilidad penal, ya sea porque el hecho investigado no existió, o porque éste no era constitutivo de delito, o no fue posible demostrar su autoría o participación en la conducta punible, o, porque se demostró plenamente su inocencia, o, bien sea por el principio de *in dubio pro reo*, o por preclusión de la investigación al demostrar alguna causal de exoneración de responsabilidad penal. Bajo esta premisa, “*el elemento determinante, del carácter justo o injusto de la privación de la libertad, tiene soporte en si quien la padeció es culpable o inocente*”⁹, es decir, si tenía el deber jurídico de soportarla, o si, por el contrario, el Estado le impuso una carga que afectó sus derechos fundamentales sin tener como respaldo fundamentos fácticos y jurídicos de la responsabilidad penal.

Frente a este tópico, con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, específicamente en el artículo 68, se estableció que el carácter injusto de la privación de la libertad surge como “*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*”¹⁰. Al respecto, frente a la determinación de los casos en donde se presenta privación injusta, el Consejo de Estado puntualizó que la interpretación y aplicación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 no podía constituir una restricción al contenido del artículo 90 de la Constitución Política, por el contrario, debía ser considerado como un complemento dentro del sistema normativo de responsabilidad estatal¹¹.

⁸ Clasificadas por la jurisprudencia como actividades relacionadas con la conducción de redes de energía eléctrica, manejo y transporte de explosivos, uso de armas de fuego y conducción de vehículos automotores.

⁹ Orejuela Pérez, Ervin Marino. Responsabilidad civil extracontractual del Estado por privación legal e injusta de la libertad. En: Justicia Juris. Vol. 6. N° 12. octubre de 2009 – marzo de 2010, pág. 79 – 91. ISSN. 1692-8571.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)

De acuerdo a la evolución jurisprudencial sobre la materia, encontramos que a través de la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013¹², la Sección Tercera del Consejo de Estado, concluyó la existencia de una regla general de responsabilidad objetiva cuando en el proceso penal en que ha tenido origen la detención, se ha determinado que i) el hecho no existió, ii) el sindicado no lo cometió, iii) la conducta no constituía hecho punible, o iv) por la aplicación del principio *in dubio pro reo*; presupuesto que opera siempre y cuando – en las cuatro situaciones mencionadas – no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues en tal evento hay lugar a aplicar un régimen subjetivo. Así mismo, si la libertad se decretó por una razón distinta, el escenario se enmarca en un régimen subjetivo de responsabilidad estatal.

En ese mismo sentido, en sentencia del 14 de julio de 2016¹³, el Consejo de Estado manifestó que la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad deriva de todos los eventos en los cuales el procesado privado de la libertad es absuelto o se precluye la investigación a su favor y, cuando en el proceso se determine que: i) el hecho no existió; ii) el sindicado no lo cometió y/o iii) la conducta es atípica, siempre y cuando no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional en cuyo caso podrá aplicarse un régimen subjetivo de responsabilidad.

De otra parte, la Corte Constitucional a través de sentencia SU-072 de 2018¹⁴, en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, reiteró lo manifestado por esa Alta Corte en sentencia C-037 de 1996, respecto de que, 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, entonces, independiente del título de imputación, el juez administrativo debe estudiar si la privación es injusta o no, haciéndose indispensable que el estudio se enmarque en la determinación de si la medida que privó de la libertad al acusado fue razonable, proporcional y legal, y en esos términos preciso:

“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6o, 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 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”. (subrayas fuera de texto)

A su vez, también señaló que estaba de acuerdo con el régimen objetivo para los casos de i) el hecho no existió y que ii) la conducta era objetivamente atípica; debido a que la decisión de privar requiere de la acreditación de estos presupuestos, dado que es necesario que el juez penal para imponer una medida de aseguramiento evidencie la

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección «A». Sentencia del 14 de julio de 2016. Consejera Ponente Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación: 66001-23-31-000-2010-00149-01 (42476). En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 17 de octubre de 2013. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación: 52001-23-31-000-1996-07459-01 (23354).

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, Mag. Ponente José Fernando Reyes Cuartas.

existencia del hecho y que éste sea típico, por lo que en ambos eventos consideró que la privación de la libertad resultaría irrazonable y desproporcionada, por lo que el daño antijurídico se muestra sin mayores esfuerzos. Sin embargo, no concluyó lo mismo en los eventos en que el iii) investigado no cometió el delito y iv) la aplicación del *in dubio pro reo*, pues en estas dos causales la Corte considera que los fiscales y jueces deben efectuar mayores disquisiciones para vincular al imputado con la conducta punible y presentarlo como autor de la misma.

Entonces, se puede concluir que la Corte Constitucional en unificación, establece que, en eventos de privación injusta de la libertad, no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo y objetivo, por lo que cualquiera que sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada.

Luego, la Sección Tercera del Consejo de Estado rectificó su postura a través de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018¹⁵, en la cual explicó detenidamente las razones para apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora había sostenido el órgano de cierre, indicando lo siguiente:

“En ese sentido, la Sala considera pertinente apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora ha sostenido en torno al tema, máxime que al amparo de ella no sólo se vienen produciendo condenas cuando el hecho no existió, o no constituyó delito, o la persona privada de la libertad no lo cometió, sino que también se ha condenado en todos los demás eventos en los que se dispuso la detención preventiva, pero el proceso penal no culminó con una condena, exceptuando, eso sí, los casos en los que se ha observado que el daño alegado fue causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima.

En otras palabras, bajo la óptica de la actual posición jurisprudencial, basta que haya una privación de la libertad y que el proceso penal no culmine en condena, cualquiera que sea la razón, para que quien la sufre se haga merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se haya ajustado a derecho y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270 de 1996, esto es, sin importar que el daño producto de ella (la privación de la libertad) sea antijurídico o no (se parte de la base de que ella es per se antijurídica) y casi que sin reparar en si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición.

En esa medida, comoquiera que, en criterio de esta Sala, la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, 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”.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

De ahí que dicha Corporación señaló de forma unificada que para determinar si la privación de la libertad de un procesado fue injusta, debía analizarse las pruebas que fundamentan las pretensiones del demandante, incluso de oficio, deberá efectuarse un minucioso examen probatorio para determinar la antijuridicidad del daño, por ello concluyó:

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

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.”

En ese sentido, a partir de esta tesis jurisprudencial debía analizarse la antijuridicidad del daño a través del estudio de la conducta de la víctima – detenido -, con el fin de determinar si se configura alguna conducta culposa o dolosa que generó la restricción de la libertad a través de la imposición de la medida de aseguramiento, o si por el contrario, no se evidencia situación alguna de reproche en la conducta del detenido lo que generaría una medida injusta y generadora de un daño antijurídico imputable al Estado.

De esta manera, la tesis jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado concluía que si la conducta de la víctima fue determinante en la privación de la libertad, es decir, existió un vínculo causal (entendido desde la perspectiva de la causalidad adecuada) entre la medida y los perjuicios cuya indemnización se reclama no es viable la declaratoria de responsabilidad del Estado, pues la causa eficiente, directa y adecuada no fue la actuación de la administración sino la conducta del privado de la libertad, y no resulta entonces viable sacar provecho o ventaja de su propia culpa.

Dicha premisa entonces exigía al operador judicial demostrar para estos eventos que el daño (detención) *“cuya reparación se persigue en estos casos y en el que, por supuesto, se fincan las pretensiones de la respectiva acción jurisdiccional, resultó antijurídico, consultando entre otros criterios los estándares convencionales, constitucionales y/o legales que admiten excepcionalmente la restricción a la libertad personal. De así acreditarse, se entenderá configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo*

contrario, esto es, de no lograrse tal demostración, se estará frente a un daño jurídicamente permitido y, por tanto, desprovisto de antijuridicidad, lo cual impide hablar, bajo el artículo 90 constitucional y el artículo 68 de la ley 270 de 1996, de privación injusta de la libertad.”¹⁶

Finalmente, esta postura jurisprudencial fue reiterada en la sentencia de unificación emitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, calendada el 18 de julio de 2019¹⁷, en la cual determinó los parámetros indemnizatorios del perjuicio material en materia de privación injusta de la libertad, e indicó sobre el título de imputación lo siguiente:

“La Sala indicó que, para tal fin, se torna imprescindible para el juez verificar, en primer lugar, si quien fue privado de la libertad incidió en la generación el daño alegado, por haber actuado con culpa grave o dolo, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, 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.

(...)

De no hallarse en el proceso ningún elemento que indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, se debe realizar el análisis de responsabilidad a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, bajo el título de imputación pertinente al caso concreto y se debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.”

Sin embargo, debe advertirse que la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018¹⁸, fue debatida en sede de tutela a través de providencia de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, calendada el 15 de noviembre de 2019¹⁹, **si bien dejó sin efectos la sentencia de unificación** (15 de agosto de 2018), esa decisión atendió a particularidades específicas del caso, limitando su análisis a que *“La Sala amparará el derecho al debido proceso, particularmente en lo referente a la presunción de inocencia, dejará sin efectos la sentencia del 15 de agosto de 2018 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado (exp. 46947) y dispondrá que en la sentencia de reemplazo se valore la culpa de la víctima sin violar su presunción de inocencia; y por las razones explicadas al determinar el problema jurídico, se resalta que este fallo no tiene ninguna incidencia en la forma en que el juez natural del caso decida operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado.”²⁰*; lo que permite concluir que **desapareció formalmente** el criterio de unificación plasmado en la sentencia del 15 de agosto de 2018 con ponencia del Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera.

A pesar de lo anterior, en criterio de esta Sala, ello, no impide que frente al caso concreto se analice el comportamiento de la víctima de la privación de la libertad de cara al dolo y la culpa, como se hizo en aquella sentencia, pues al analizar en su integridad la sentencia de tutela, es posible inferir que este criterio no desconoció que el juez administrativo pudiera determinar la responsabilidad del Estado y así concluir si fue justa o injusta la privación, desde el estudio de la conducta del detenido desde la óptica de lo civil, pues precisamente el análisis de responsabilidad debe surgir de los elementos propios

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

¹⁷ Consejo de Estado, Sala Plena, Sección Tercera, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicado. 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572)

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Magistrado Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, calendada el 15 de noviembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01, accionante: Martha Lucía Ríos Cortés y otros, contra Consejo de Estado, Sección Tercera.

²⁰ Aparte extraído de la conclusión de la sentencia antes resaltada. calendada el 15 de noviembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01

contenidos en artículo 90 de la Constitución Política y 68 de la Ley 270 de 1996, partiendo de identificar la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente demostrar que no hubo condena en el proceso penal, y de acreditarse este aspecto, se entendería configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo contrario, se estaría frente a un daño jurídicamente permitido.

Entonces, lo que debemos entender, con la sentencia de tutela, es que dicho análisis sobre la antijuridicidad del daño no debe vulnerar la presunción de inocencia del acusado que reclama en vía administrativa la indemnización del presunto daño por su detención en una investigación penal.

Ahora bien, recientemente la Sección Tercera del Consejo Estado dio cumplimiento a la tutela y profirió en reemplazo de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018²¹, antes anunciada, la sentencia del 6 de agosto de 2020²², a través de la cual no se impuso criterios de unificación, pero se concluyó con base en las posturas de la Corte Constitucional contenidas en las sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 que *“el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del 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.”*

Así mismo, planteó que el *“daño es el primer elemento que debe acreditarse en el análisis de imputación, por cuanto constituye la causa de la reparación; no obstante, pese a su existencia, es posible que no haya lugar a declarar la responsabilidad estatal, en las hipótesis en que “existe pero no se puede atribuir al demandado (...), el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre.”*

Conforme a lo anterior, y al dar una lectura integral a la providencia antes anunciada, que reemplazo la dejada sin efectos, es posible concluir que la Sección Tercera del Consejo de Estado mantiene un criterio conceptual respecto de la responsabilidad en materia de privación injusta de la libertad, consistente en que el carácter injusto debe analizarse desde el estándar de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida privativa de la libertad, lo que en cada caso deberá ser objeto de análisis; postura que se ha replicado con posterioridad en varias decisiones que han sido proferidas por el Consejo de Estado²³:

“19. Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 estima que la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: 1. En primer lugar, se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; 2. En segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

²² Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado Ponente: José Roberto Sáchica Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, radicado No. 66001-23-31-000-2011-00235-01 (46.947), actor: Martha Lucía Ríos Cortes y otros.

²³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 19001-23-31-000-2008-00436-01(50944), Actor: RICARDO ALFONSO ARZUAGA SALAZAR Y OTROS; Radicación número: 08001-23-31-000-2005-02812-01(47386) Actor: JORGE ENRIQUE ESCAFF CUSSE Y OTROS

la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; 3. En tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial). 4. En cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; 5. Por último, en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; 6. Finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.”

La Corte Constitucional en sentencia T-045/21 del 25 de febrero de 2021, MP: José Fernando Reyes Cuartas, se pronunció sobre la responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad, donde indicó:

*“(…) La Corte Constitucional y el Consejo de Estado exigen, como primer requisito para declarar la responsabilidad por privación injusta de la libertad, la demostración del daño antijurídico. En efecto, **la privación de la libertad dentro de un proceso penal que termina con una sentencia absolutoria no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, pues se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable** a la administración. Así, el daño es antijurídico cuando la orden de restricción devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.” (Negrilla y subraya fuera del texto original)*

A su vez, en reciente pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de fecha 19 de noviembre de 2021, proferida dentro del proceso con radicación: 18001-23-31-000-2009-00129-01(50697), CP: Martín Bermúdez Muñoz, donde reiteró que la medida de aseguramiento debía estar debidamente justificada, exponiendo su necesidad de imponer la medida y acreditándose que cumplió con los requisitos, por tratarse de un instrumento que restringe el derecho fundamental a la libertad, para lo cual precisó:

“(…) PROCEDENCIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / REQUISITOS DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Incumplimiento

En vigencia de la Ley 600 de 2000, momento en el que se dispuso detener a la víctima directa del daño, los requisitos legales que debían cumplirse para adoptar tal medida estaban previstos en sus artículos 355, 356 y 357, y eran los siguientes: La procedencia de la medida según el tipo de delito imputado (art. 357). La existencia de <<por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso>> (art. 356). La existencia de medios de prueba que permitieran deducir que la medida era necesaria <<para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria>> (art 355). En este caso no se cumplieron dichos requisitos.

FUENTE FORMAL: LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 355 / LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 356 / LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 357

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO – Debe exponerse la necesidad

Al momento de dictar la medida de aseguramiento la Fiscalía debía exponer las razones por las cuales se encontraban cumplidos los propósitos legales

de la detención preventiva, lo cual no se hizo. El análisis de este aspecto es lo que le permite al juez administrativo determinar si la detención de la víctima directa del daño fue una determinación no solo legal sino adecuada, proporcional y razonable. No se trata de saber simplemente si existían indicios de responsabilidad que pudieran justificar la imposición de una sanción en su contra: **se trata de determinar si existían razones que justificaran mantenerlo privado de la libertad durante el proceso.** En la providencia en la que se dispuso la detención preventiva del demandante (...) era necesario determinar si la medida se justificaba en los términos antes indicados. Sin embargo, en la Resolución del 13 de abril de 2004 la Fiscalía únicamente hizo referencia a los medios de pruebas que valoró para imponer la medida de aseguramiento, pero no expuso ninguna consideración, general ni particular, sobre su necesidad. (...)” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

De otra parte, el Consejo de Estado, unificó jurisprudencia frente al reconocimiento de los perjuicios morales, así:

“(...) R.- Las reglas de unificación

65.- Con fundamento en lo anterior, la Sala adoptará las siguientes reglas de unificación para el reconocimiento y cuantificación de perjuicios en casos de responsabilidad del Estado por privación de la libertad:

65.1.- En relación con la víctima directa de la detención, tanto si se trata de detención en establecimiento carcelario, como si se trata de detención domiciliaria, la sola prueba de la privación de la libertad constituye presunción de perjuicio moral para ella.

65.2.- En relación con los parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente, la prueba de tales calidades constituye presunción del perjuicio moral para ellos.

65.3.- Las presunciones establecidas en las dos reglas anteriores podrán desvirtuarse por la parte demandada.

65.4.- En relación con las demás víctimas indirectas, la prueba del parentesco no es una presunción del perjuicio moral. En tales casos, el juez determinará si el demandante cumplió la carga de acreditar la existencia del perjuicio moral derivado de la existencia de una relación estrecha con el detenido, de la cual pueda inferirse la existencia de un perjuicio moral indemnizable.

65.5.- Los topes máximos de indemnización se establecen de la siguiente forma para la víctima directa:

a.- Si la privación de la libertad tiene una duración **igual o inferior a un mes**, una suma fija equivalente a **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

b.- Si la privación de la libertad tiene una duración **superior a un mes**:

- **Por cada mes** adicional transcurrido, sin importar el número de días que tenga el mes, **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

- **Por cada día** adicional al último mes transcurrido, una fracción equivalente a **0,166 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, la cual se obtiene de

dividir **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)** por **30 días**.

- La cuantía se incrementará hasta **cientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 SMLMV)**, indemnización que recibirá la víctima directa cuando esté detenida por **20 meses o más tiempo**, con el objeto de mantener el tope máximo jurisprudencial, de acuerdo con la jurisprudencia antes indicada.

- De conformidad con los anteriores parámetros, los topes de indemnización de perjuicios morales para la víctima directa son los siguientes:

| Duración de la privación | Víctima directa en SMLMV |
|---------------------------------|---------------------------------|
| Entre un día y un mes | Suma fija de 5 SMLMV |
| Hasta 2 meses | Hasta 10 SMLMV |
| Hasta 3 meses | Hasta 15 SMLMV |
| Hasta 4 meses | Hasta 20 SMLMV |
| Hasta 5 meses | Hasta 25 SMLMV |
| Hasta 6 meses | Hasta 30 SMLMV |
| Hasta 7 meses | Hasta 35 SMLMV |
| Hasta 8 meses | Hasta 40 SMLMV |
| Hasta 9 meses | Hasta 45 SMLMV |
| Hasta 10 meses | Hasta 50 SMLMV |
| Hasta 11 meses | Hasta 55 SMLMV |
| Hasta 12 meses | Hasta 60 SMLMV |
| Hasta 13 meses | Hasta 65 SMLMV |
| Hasta 14 meses | Hasta 70 SMLMV |
| Hasta 15 meses | Hasta 75 SMLMV |
| Hasta 16 meses | Hasta 80 SMLMV |
| Hasta 17 meses | Hasta 85 SMLMV |
| Hasta 18 meses | Hasta 90 SMLMV |
| Hasta 19 meses | Hasta 95 SMLMV |
| 20 meses o más | Hasta 100 SMLMV |

- En consecuencia, la fórmula para determinar la cuantía de los perjuicios morales de la víctima directa es:

$$PM = (\text{número de meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (\text{fracción adicional de días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

- En casos de **detención domiciliaria**, la cuantía de los perjuicios morales sufridos por la víctima directa se disminuirá en un **50%**.

65.6.- Para las víctimas indirectas, los topes máximos de indemnización se determinan a partir del monto reconocido a la víctima directa, de la siguiente manera:

a.- A los **parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente, el cincuenta por ciento (50%)** de lo que le corresponda a la víctima directa.

b.- A los **demás demandantes**, cuando acrediten los perjuicios morales, el **treinta por ciento (30%)** de lo que le corresponda a la víctima directa.

65.7.- Para la determinación del monto final de la indemnización de las víctimas indirectas dentro de los topes máximos antes señalados, la cuantificación deberá estar fundamentada en las pruebas que obren en el expediente y ella deberá ser motivada según lo probado en cada caso.

65.8.- Se reitera lo señalado en las anteriores jurisprudencias de unificación en lo relativo a que todos los topes que aquí se establecen podrán ser superados cuando se acrediten circunstancias que evidencien una gravedad e intensidad excepcional en el perjuicio moral sufrido por el detenido o las víctimas indirectas de la detención, las cuales podrán estar relacionadas con la gravedad del delito por el cual el sindicado fue investigado o acusado y las circunstancias particulares afrontadas con ocasión de la detención. En estos eventos, la decisión y las razones que justifican tal determinación deberán motivarse detalladamente. Finalmente, se establece que en ningún caso la indemnización podrá superar los trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la víctima directa.

(...)

Los perjuicios morales sufridos por las víctimas indirectas

76.- Para demostrar los perjuicios morales sufridos por las víctimas indirectas, los demandantes: **(i)** allegaron los correspondientes registros civiles de nacimiento para acreditar su parentesco con los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo y **(ii)** solicitaron los testimonios de personas cercanas a las familias de los detenidos.

77.- En relación con la prueba de los perjuicios morales sufridos por los familiares de la demandante **Berenice Díaz Buitrago**, la Sala destaca que:

77.1.- Con la copia de los registros civiles que obran en el expediente está acreditado que los demandantes tienen los siguientes vínculos de parentesco con Berenice Díaz Buitrago:

Madre: Crisanta Buitrago de Díaz²⁴
Padre: Esteban Díaz Gutiérrez²⁵.

²⁴ F. 22, c. 2.

²⁵ Ibidem.

Hijos: Ferley Vargas Díaz y Daniel Vargas Díaz²⁶.

Hermanos: Orlando Díaz Buitrago, Ovidio Díaz Buitrago, Octavio Díaz Buitrago, Urbano Díaz Buitrago, Dídimo Díaz Buitrago, Albeiro Díaz Buitrago y Evelio Díaz Buitrago²⁷.

77.2.- La presunción de la existencia de perjuicios morales en relación con la madre, padre e hijos de **Berenice Díaz Buitrago** no fue desvirtuada con las pruebas obrantes en el expediente.

77.3.- En relación con la intensidad de los perjuicios sufridos por los demandantes Ferley Vargas Díaz y Daniel Vargas Díaz, hijos de la víctima directa, los testigos Gladis Yaneth Torres Buitrago, Jairo Ramírez Ducuara y Ana Rosa Lombo Bejarano señalaron que eran menores y convivían con ella cuando fue privada de la libertad, quedaron abandonados en <<manos de los vecinos>> y agregaron que la situación los afectó mucho porque ella era la <<cabeza del hogar>>. Estas circunstancias imponen decretar a su favor el tope máximo de indemnización, previsto en el 50% del perjuicio moral acordado para la víctima directa. Por lo tanto, se reconocerá a favor de cada uno de estos demandantes una reparación correspondiente a **15,75 salarios mínimos legales mensuales vigentes**.

77.4.- En relación con los padres de **Berenice Díaz Buitrago**, los testimonios recibidos hicieron referencia genérica al sufrimiento que la detención generó en toda su <<familia>>, por lo que el perjuicio en relación con ellos se cuantificará en el 40% del perjuicio moral acordado para la víctima directa, lo que equivale a **12,60 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno. (...)**²⁸

Conforme a lo anterior, las líneas jurisprudenciales actuales tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, permiten concluir que el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que luego termina con decisión de absolución, prescripción, o cualquier otro evento librándolo de la responsabilidad penal, en sí misma, no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta, es decir, para ello, deberá analizarse la metodología determinada por el Consejo de Estado para concluir la razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida impuesta, y en tal caso, sí constituye un daño antijurídico imputable a la administración, toda vez que “ a pesar de la existencia de un daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico y, en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo.²⁹”, a menos que se trate de casos en que el hecho no existió o la conducta es atípica, por operar allí la responsabilidad objetiva.

6. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES:

| HECHO | MEDIO PROBATORIO |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------|
| 1. El 14 de julio de 2009, se llevó a cabo audiencia preliminar de legalización incautación de elementos materiales, legalización de captura, formulación de | Documental: Acta de audiencia preliminar (página 57-65 cuaderno |

²⁶ Fls. 17, 18, c. 1.

²⁷ Fls. 20, 21, 23, 24, 25, 26 y 27, c. 2.

²⁸ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera; Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, Bogotá D. C., Veintinueve (29) De Noviembre De Dos Mil Veintiuno (2021), Radicación Número: 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681)

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 81001-23-31-000-2011-00067-01(52829)

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de Martha Cecilia Orozco Campos, por el delito de Rebelión, en la que el Juzgado Segundo Penal Municipal Con Funciones de Control de Garantías de Chaparral, impuso medida de detención domiciliaria. | principal – expediente digital) |
| 2. El 15 de julio de 2009, se llevó a cabo audiencia preliminar de legalización incautación de elementos materiales, legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de Albeiro Serna Ospina, por el delito de Rebelión, en la que el Juzgado Segundo Penal Municipal Con Funciones de Control de Garantías de Chaparral, impuso medida de detención domiciliaria. | Documental.- Acta de audiencia preliminar (página 49-56 cuaderno principal – expediente digital) |
| 3. Martha Cecilia Orozco Campos, estuvo privada de la libertad del 15 de julio de 2009 al 13 de octubre de 2009. | Documental.- Certificado de libertad del INPEC (página 46 cuaderno principal-expediente digital) |
| 4. Albeiro Serna Ospina, estuvo privado de la libertad del 16 de julio de 2009 al 13 de octubre de 2009. | Documental.- Certificado de libertad del INPEC (página 45 cuaderno principal-expediente digital) |
| 5. El 16 de julio de 2016, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Chaparral, profirió sentencia absolutoria, porque los procesados no desplegaron una conducta típica. | Documento: Sentencia absolutoria del 16 de julio de 2016 (páginas 68-74 cuaderno principal – expediente digital) |

7. CASO CONCRETO.

En ejercicio de la presente acción, la parte demandante pretende que las demandadas sean declaradas responsables de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados, como consecuencia de la privación de la libertad que se le impuso a Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco Campos el día 15 de julio de 2009, dentro del proceso penal adelantado como autores del delito de rebelión.

Por su parte, el *a quo* negó las pretensiones de la demanda, al considerar que si bien Martha Cecilia Orozco Campos y Albeiro Serna Ospina, fueron absueltos, según parece porque los desmovilizados informantes no testificaron en el juicio oral, esa situación no podía determinarse o anticiparse desde las primeras audiencias preliminares; más aún, cuando el proceso penal se adelanta por etapas sucesivas, que conforme se van agotando permiten arribar en la sentencia a un grado de certeza "más allá de toda duda, acerca de delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio" (artículo 1 del CPP), de ahí que no podía exigirse al Delegado de la Fiscalía y al mismo Juez de Control de Garantías, que contaran con ese conocimiento desde una fase temprana del proceso penal.

Inconforme con esa decisión, la parte demandante sostuvo que la imposición de la medida de aseguramiento a Martha Cecilia Orozco Campos y Albeiro Serna Ospina se tornó injusta, ilícita y antijurídica, lo cual da lugar a que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado, esto se refleja en la sentencia absolutoria; además de que existió una indebida interpretación de la ley frente a la conducta de la víctima como eximente de responsabilidad, pues, en la audiencia de juicio oral, la propia fiscalía solicitó

la absolución de los acusados, aceptando que estos no desplegaron conductas típicas (conducta inexistente) que se adecuaron al delito de rebelión.

La circunstancia anterior, exige a la Sala estudiar si existió o no la privación injusta de la libertad que se alega, bajo la metodología establecida por el Consejo de Estado, es decir, determinar i) la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; ii) se debe analizar la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; iii) y, solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial); iv) en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; v) en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; vi) en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.

7.1 El daño.

De acuerdo a ello, tal como se precisó, en el *sub-lite*, advierte la Sala que se encuentra demostrado el **daño alegado respecto de la detención o privación de la libertad**, toda vez que a los demandantes Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco Campos, efectivamente se le restringió su libertad en razón al punible de Rebelión a título de autor, medida de aseguramiento impuesta por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Chaparral.

Esta conclusión deviene del análisis de las pruebas, especialmente del acta concentrada de legalización de la captura, formulación de imputación, e imposición de medida de aseguramiento celebrada del 15 de julio de 2009³⁰ y del 14 de julio de 2009;³¹ y certificado de libertad del INPEC de Albeiro Serna Ospina³² y Martha Cecilia Orozco.³³

Lo anterior, permite a esta Corporación concluir que Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco Campos, estuvieron privados de la libertad en detención domiciliaria, por lo que esta Sala puede determinar que la privación de la libertad - daño - se presentó i) para Albeiro Serna Ospina del 16 de julio de 2009 al 13 de octubre de 2009, es decir, 2 meses y 27 días; y ii) para Martha Cecilia Orozco del 15 de julio de 2009 al 13 de octubre de 2009, es decir, 2 meses y 28 días.

7.2. De la imputación.

En este punto, indica la Sala que armonizando las actuales posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional³⁴ y del Consejo de Estado³⁵, en cuanto al análisis de responsabilidad por los eventos de privación injusta de la libertad, partiendo propiamente de la antijuridicidad, puede concluirse que ésta se configura sin mayores exigencias

³⁰ Ver páginas 46 cuaderno principal- expediente digital

³¹ Ver páginas 57-65 cuaderno principal- expediente digital

³² Ver página 45 cuaderno principal – expediente digital

³³ Ver página 46 cuaderno principal

³⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas

³⁵ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 15 de agosto de 2018, radicado 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46947), y la sentencia Sección Tercera, Consejero Ponente José Roberto SÁCHICA Méndez, calendarada el 6 de agosto de 2020, que reemplazo la sentencia antes anunciada, en cumplimiento de la sentencia de tutela (radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01).

cuando las causales de libertad se originan en que *i)* el hecho no existió y *ii)* la conducta era objetivamente atípica, en los que incluso se ha avalado el título de imputación de responsabilidad objetiva; y en los demás supuestos, relacionados con la absolución porque *iii)* no cometió el delito, *iv)* se dio aplicación del principio *in dubio pro reo*, y *v)* otros eventos de liberan la responsabilidad penal, la antijuridicidad queda supeditada al análisis de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, pues no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en estos eventos, sino que es imprescindible, determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Bajo ese panorama jurisprudencial, en principio, se debe analizar si se cumplen los presupuestos para la configuración de alguna causal que dé lugar a la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad; así las cosas, se evidencia que el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué, el 16 de julio de 2016, emitió sentencia absolutoria a favor de Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco y se concluyó, lo siguiente³⁶:

*“(...) No obstante lo dicho, vemos que la petición de la fiscalía, coadyuvada por la defensa en bloque, si encuentra eco, **ya que realmente ni siquiera se pudo demostrar por parte de la fiscalía que los procesados desplegaron conductas típicas, que se adecuaran claramente al delito de Rebelión.***

*Efectivamente, aquí podemos concluir que, si bien es cierto que los encartados, para la época de los hechos, desplegaron sendas conductas, naturalistamente entendidas, **también lo es que las mismas ni siquiera pueden catalogarse de típicas.***

En este caso, no podemos pregonar la existencia por parte de los encartados de conductas típicas, tal como lo reclaman los principios rectores del Código Penal. Sin este primer presupuesto dogmático no se puede inferir responsabilidad penal alguna, máximo que no solo basta con la aludida exigencia, sino que la misma debe satisfacer los demás presupuestos objetivos del tipo, también subjetivos, avanzar hacía la lesión o peligro del bien jurídicamente tutelado, y concluir en la culpabilidad como reproche, por tener la persona la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta o de determinarse conforme a ese entendimiento, pudiéndosele por ende exigir una conducta ajustada a derecho.

(...)

No se puede vislumbrar en momento alguno de la citada declaración, una conducta claramente típica por parte de los acusados, atentatoria del orden constitucional o legal vigente.

(...)

Realmente se observa orfandad probatoria en este proceso, y más de cargo, ya que recuérdese, la fiscalía es quien tiene el peso de la carga de la prueba inculpativa, máxime si se tiene en cuenta que solamente se cuentan con informes de batalla de la autoridad militar, los cuales ni siquiera constituyen labores investigativas de policía judicial, ya que recuérdese, las fuerzas militares no tienen funciones de policía judicial.

³⁶ Ver páginas 68-74 cuaderno principal – expediente digital

*Y es más, en esta actuación, ni siquiera se ha hablado por parte de la fiscalía de entrevistas, he de ahí uno de los motivos por los cuales se rechazó su pretensión de prueba de referencia, sino de simples informe de batalla emanados de la Sexta Brigada del Ejército, concretamente del Batallón Caicedo de Chaparral (Tol), **por lo que realmente razón le asiste a todos los intervinientes en cuanto no se da cuenta en este proceso de una conducta típica desplegada por los acusados.**(...)*(negrilla fuera de texto)

De lo transcrito, se puede inferir que en el proceso penal no se llegó al convencimiento de la ejecución de las conductas punibles imputadas, concluyendo el juez penal que ni siquiera se tuvo certeza de la **tipicidad de la conducta**, siendo la tipicidad un elemento fundamental para la configuración de la conducta punible, es decir, que el daño alegado por la parte actora se encuentra debidamente demostrado y de esta manera no tenía el deber jurídico de soportarlo; más aún, cuando conforme a lo planteado por la Corte Constitucional en Sentencia SU-072 de 2018, en los casos de privación injusta de la libertad en los que se presenten casuales como que el hecho no existió y que la conducta es atípica, es posible la aplicación del régimen objetivo, pues, la decisión de privar a alguien de la libertad al imponer medida de aseguramiento requiere de la acreditación de esos presupuestos, por lo que en este asunto el daño antijurídico resulta evidente.

Teniendo en cuenta lo anterior y los recientes pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, es preciso advertir que en este asunto se puede imputar responsabilidad al Estado bajo el régimen objetivo, pues, la conducta delictiva atribuida a Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco, llegó a ser atípica, sin que se probara su ejecución o realización; pues, en la sentencia absolutoria el juez penal funda su decisión al concluir de manera expresa que “(...) *ya que realmente ni siquiera se pudo demostrar por parte de la fiscalía que los procesados desplegaron conductas típicas, que se adecuaron claramente al delito de Rebelión*” y al analizar los elementos aportados al proceso penal ese mismo juez indicó: “*Y es más, en esta actuación, ni siquiera se ha hablado por parte de la fiscalía de entrevistas, he de ahí uno de los motivos por los cuales se rechazó su pretensión de prueba de referencia, sino de simples informe de batalla emanados de la Sexta Brigada del Ejército, concretamente del Batallón Caicedo de Chaparral (Tol), **por lo que realmente razón le asiste a todos los intervinientes en cuanto no se da cuenta en este proceso de una conducta típica desplegada por los acusados***”.

En conclusión, para la Sala al encontrarse probada las causales establecidas para la configuración de la responsabilidad de la demandada bajo el régimen objetivo, se impone la necesidad de imputar el daño antijurídico al Estado.

Por tanto, se deberá revocar la sentencia apelada y se deberá declarar la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad que sufrió Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco.

7.3 Responsabilidad de las demandadas

Frente a la imputación del daño antijurídico a las entidades demandadas, se debe indicar que en este asunto la investigación penal que se llevó a cabo en contra Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco, se tramitó por las **normas procedimentales de la Ley 906 de 2004**, por lo que las decisiones que involucren la privación de la libertad de las personas le corresponde a la Rama Judicial; sin embargo, esta actuación la realiza conforme a las pruebas que fueron aportadas por la Fiscalía General de la Nación, para este caso en particular, por parte de la Fiscalía 28 Seccional de Chaparral (Tolima).

Argumento que efectivamente comparte esta Corporación, pues si bien, en el sistema penal de la Ley 600 de 2000, el fiscal tenía un papel preponderante a lo largo del desarrollo procesal, comoquiera que en este sistema era el fiscal quien tomaba las decisiones de restringir la libertad personal en virtud de una medida de aseguramiento, valorando el material probatorio recaudado, es decir, no solo se dedicaba a investigar el hecho punible sino que también se encargaba de valorarlo, por lo que puede concluirse que el fiscal era quien tomaba las decisiones que afectaban derechos de carácter superior, sin previo control constitucional, y es hasta después de la calificación del mérito del sumario, que llegaba la figura del juez a tomar una determinación del caso; *contrario sensu*, al sistema penal acusatorio, en el que todas y cada una de las actuaciones del fiscal deben ser sometidas a un control jurisdiccional, es decir, la valoración del material probatorio está en cabeza del juez ya sea el de control de garantías o el de conocimiento, dependiendo de la instancia procesal en la que se encuentre, pero aún el recaudo de las pruebas y la exposición de la teoría delictiva continúa en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, siendo una función indispensable en la toma de decisión de imposición de medida de aseguramiento.

En ese sentido, la separación de funciones de investigación y juzgamiento constituye uno de los principios más importantes del Sistema Acusatorio, a partir del cual incluso se suele definir como “...uno en donde aparecen diferenciadas claramente tres funciones en el proceso penal, la función de acusación que a su turno implica previa investigación, la función de defensa frente a la acusación ..., y finalmente, la función de juzgamiento que la hace un juez o un jurado de conciencia como ente imparcial”³⁷

Ahora bien, con relación a la medida de privación de la libertad en la Ley 906 de 2004, el artículo 308 *ejusdem*, establece que el Juez de Control de Garantías a solicitud de la Fiscalía verificará que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia, *contrario sensu*, a lo establecido en la ley 600 de 2000, pues allí taxativamente se enlistaban los delitos que requerían tal medida.

De otra parte, también el delegado fiscal puede hacer uso del artículo 332 el Título VI, de la Preclusión, de la Ley 906 de 2004, en donde se muestra las causales mediante las cuales el ente investigador podrá solicitar la preclusión del proceso y evitar que continúe el agotamiento de las demás instancias procesales, empero es de advertir, con la aquiescencia siempre del Juez al presentarse las causales que establece la norma.

De acuerdo a ello, puede evidenciarse que le corresponde al Fiscal, valorar a partir de su labor investigativa si cuenta con los elementos de prueba necesarios para conseguir que el Juez de Control de Garantías imponga la medida de aseguramiento o el Juez de Conocimiento la declaratoria de responsabilidad penal, pues de no contar con estos elementos, es el propio orden jurídico el que le impone la necesidad de solicitar la preclusión, no de otra manera se entiende que en el numeral 6 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 haya incluido la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

Entonces, el Fiscal en el sistema penal acusatorio es el único legitimado para solicitar la medida o formular la acusación y la del Juez de control de garantías para imponer la medida o el Juez de Conocimiento para declarar la responsabilidad, lo cual para efectos de la imputación en sede de responsabilidad administrativa tiene unos efectos importantes, pues en el proceso acusatorio penal, la intervención de la Fiscalía y del Juez de Control de Garantías como regla general, en la decisión de privar de libertad a un sujeto

³⁷ GRANADOS PEÑA, Jaime. “El Sistema Acusatorio en el Derecho Comparado y la nueva Fiscalía General en Colombia: Hacia una reinterpretación funcionalista”. En Programa de Capacitación OPDAT. Agosto de 1995.

investigado se tornan indispensables y complementarias a tal punto, que puede afirmarse sin lugar a equívocos, que sin la intervención de uno de estos dos entes, no es posible que se decrete la medida de aseguramiento de detención preventiva o incluso la decisión condenatoria.

Es viable llegar a esa conclusión, al identificar que es obligación de la Fiscalía adelantar las investigaciones y averiguaciones necesarias para recolectar los elementos materiales de prueba que le permitan formular la acusación y de ser necesario solicitar la imposición de la medida de aseguramiento, sumado a que es deber del ente investigador desarrollar su teoría del caso y demostrarla en un juicio oral y público, de forma que pueda desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al investigado a lo largo del proceso.

Además de ello, tenemos que el Juez en el sistema penal acusatorio tiene amplias restricciones probatorias a diferencia del sistema inquisitivo, de manera que sus decisiones están limitadas o restringidas al material probatorio que aporten las partes, para el caso que nos atañe la Fiscalía, de manera que la responsabilidad probatoria para la imposición de la medida de aseguramiento y la condena recae en la Fiscalía³⁸.

En la misma línea argumentativa, debe resaltarse que el Juez respecto de la medida de aseguramiento no tiene ninguna facultad oficiosa, es decir, nunca podrá dictar esta medida sin que previamente el Fiscal se la haya solicitado y fundamentado.

Entonces, si en desarrollo de un proceso penal regido por el sistema penal acusatorio, se priva de la libertad a un sujeto que posteriormente es absuelto, la Fiscalía deberá responder junto con la Rama Judicial por los daños padecidos, en la medida en que su intervención en la privación de la libertad es determinante, toda vez que a partir de los elementos probatorios por ella aportados se tomó la decisión de privar de la libertad cuando de imposición de medida de aseguramiento se trata, o en el evento de ser absuelto, significa que el ente investigador no logró desvirtuar la presunción de inocencia que acompaña al investigado durante todo el proceso, lo que para esta Sala compromete la responsabilidad de la Fiscalía.

Es decir que en este caso existe responsabilidad tanto de la Fiscalía como del Juez frente al daño antijurídico causado.

Ahora, no puede olvidarse que frente al título de imputación de privación injusta de la libertad, nos encontramos frente a una responsabilidad de carácter objetiva, donde lo determinante es la antijuricidad del daño y no la imputación de responsabilidad, lo que amerita un juicio de valor sobre la conducta realizar por la Fiscalía o por la Rama Judicial, sin embargo, **como el régimen de imputación es objetivo**, tal y como quedó diseñado en el nuevo sistema penal acusatorio, la privación de la libertad supone la intervención directa tanto de la Fiscalía como del Juez, por lo que es forzoso para la Sala concluir que ambas entidades de manera solidaria son responsables del daño antijurídico causado.

Por último debe la Sala señalar, que interviniendo tanto la Fiscalía como la Rama Judicial en los hechos generadores del daño antijurídico y siguiendo la postura del Consejo de Estado a partir de la aplicación del artículo 2344 del Código Civil la responsabilidad es solidaria entre estas dos entidades, lo cual significa que el demandante tiene la facultad, a su elección, de hacer exigible la obligación indemnizatoria emanada de una condena judicial, a cualquiera, a varias, o a todas las personas que hubieren participado en la producción del hecho dañoso. Dicho de otro modo, el responsable solidario tiene la

³⁸ Sentencia C-396-2007: "En efecto, entre los instrumentos diseñados en la Ley 906 de 2004 para garantizar la imparcialidad objetiva del juez se encuentran los siguientes: i) el funcionario que instruye no juzga, ii) la pérdida de la iniciativa probatoria del juez, pues se entiende como un tercero imparcial que busca la justicia material y, **iii) la carga de la prueba de la responsabilidad penal corresponde a la Fiscalía.** Nótese que estos tres instrumentos para garantizar la neutralidad del juez están referidos al manejo de la prueba en el sistema penal acusatorio" (Negrilla fuera de texto)³⁸

obligación de resarcir la totalidad de lo reclamado pese a que existan también otros deudores.

Así las cosas, tanto la Fiscalía General de la Nación como la Rama Judicial, son las autoridades llamadas a reparar el daño causado a la parte demandante como consecuencia de la privación injusta de la libertad a la que fueron sometidos Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco Campos.

7.4 INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

7.4.1 PERJUICIO MORAL

La parte demandante, solicitó el reconocimiento de perjuicios morales.

Al respecto, se debe advertir que el Consejo de Estado unificó jurisprudencia frente al reconocimiento de perjuicios morales, así:

(...) .- El alcance general de la unificación que se adopta en esta sentencia

30.- Las decisiones que se adoptarán están dirigidas, de una parte, a precisar que los perjuicios morales pueden inferirse, para la víctima directa, de la prueba de la privación de la libertad; y para su cónyuge o compañero (a) permanente, así como para sus parientes hasta el primer grado de consanguinidad, con la prueba de tal condición. La presunción jurisprudencial de perjuicios morales solo se refiere a dichas víctimas. En relación con las demás víctimas indirectas, aunque la prueba del parentesco puede ser apreciada en cada caso concreto como indicio de la existencia de relaciones estrechas con el detenido, se concluye que dicha prueba no es suficiente para demostrar la existencia de perjuicios morales indemnizables; en este caso, los perjuicios morales deben ser acreditados por la parte demandante con otros medios de prueba. Por último, se reitera que las presunciones jurisprudenciales admiten prueba en contrario. (...)

39.- En relación con la prueba del perjuicio moral para la (el) cónyuge o compañera (o) permanente de la víctima directa y sus parientes hasta el primer grado de consanguinidad, la Sala considera que respecto de ellos también puede inferirse la existencia del perjuicio moral con la sola prueba de su parentesco o relación con la víctima directa. En relación con los demás parientes de la víctima directa, la prueba del parentesco no es un indicio suficiente para acreditar los perjuicios morales

41.- Para la Sala, la inferencia en relación con las consecuencias que se derivan de la privación de la libertad del padre, hijo, cónyuge o compañero (a) permanente, es distinta a la que puede deducirse para los demás parientes de la víctima directa. Los efectos son distintos para quienes, por regla general, conviven con quien ha sido privado de la libertad o tienen respecto del mismo una relación necesaria de permanente contacto. La generalización o regla de experiencia que se adopta como fundamento de la deducción de los perjuicios morales para los primeros se sustenta en que son estos quienes ordinariamente mantienen entre ellos, durante toda la vida, relaciones estrechas y permanentes de apoyo afecto y solidaridad. Esa regla no se extiende a todos los parientes del detenido, porque la característica común del grupo de personas incluido dentro de la generalización se presenta usualmente solo respecto de ellas.

42.- Por lo tanto, en relación con los parientes que no se encuentren en el primer grado de consanguinidad y de los demandantes distintos del cónyuge o compañero (a) permanente, la prueba de la relación de parentesco no puede considerarse como un indicio suficiente del cual deba inferirse la existencia de una relación estrecha con la persona privada de la libertad. Este medio de prueba no es suficiente para demostrar el perjuicio moral y le corresponde al juez confrontarlo con los demás allegados al proceso, para determinar si, de su análisis en conjunto, puede inferirse la existencia de perjuicios morales derivados de la detención de la víctima directa.

43.- En relación con los parientes que no se encuentren en el primer grado de consanguinidad, o distintos del cónyuge o compañero (a) permanente, debe considerarse que solo tienen derecho a la indemnización quienes acrediten que han sufrido un perjuicio moral particular y grave (que es el que puede calificarse de antijurídico) como consecuencia de la privación de la libertad de otra persona.

(...)

P.- Los topes máximos de indemnización

44.- Si bien la tabla establecida en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 considera el tiempo de detención como criterio para determinar la cuantía de los perjuicios morales, presenta las siguientes dificultades: **(i)** no precisa si los montos establecidos en la tabla corresponden a rangos o topes de indemnización y **(ii)** no establece una indemnización progresiva, en función del tiempo de detención, dado que prevé una mayor cuantía para el primer período establecido en la tabla (detenciones con una duración igual o inferior a un mes), que decrece en los periodos posteriores, lo que arroja resultados que no resultan proporcionales.

45.- Para superar estos problemas, la Sala adoptará los siguientes topes para cuantificar los perjuicios morales de la víctima directa: (...)

45.1.- Si la privación de la libertad tiene una duración **igual o inferior a un mes**, una suma fija equivalente a **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

45.2.- Si la privación de la libertad tiene una duración **superior a un mes**:

a.- **Por cada mes** adicional transcurrido, sin importar el número de días que tenga el mes, **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

b.- Por cada día adicional al último mes transcurrido, una fracción equivalente a **0,166 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, la cual se obtiene de dividir **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)** por **30 días**.

c.- La cuantía se incrementará hasta **cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 SMLMV)**, indemnización que recibirá la víctima directa cuando esté detenida por **20 meses o más tiempo**, con el objeto de mantener el tope máximo jurisprudencial, de acuerdo con la jurisprudencia antes indicada.

d.- De conformidad con los anteriores parámetros, los topes de indemnización de perjuicios morales para la víctima directa son los siguientes:

| Duración de la privación | Víctima directa en SMLMV |
|---------------------------------|---------------------------------|
| Entre un día y un mes | Suma fija de 5 SMLMV |
| Hasta 2 meses | Hasta 10 SMLMV |
| Hasta 3 meses | Hasta 15 SMLMV |
| Hasta 4 meses | Hasta 20 SMLMV |
| Hasta 5 meses | Hasta 25 SMLMV |
| Hasta 6 meses | Hasta 30 SMLMV |
| Hasta 7 meses | Hasta 35 SMLMV |
| Hasta 8 meses | Hasta 40 SMLMV |
| Hasta 9 meses | Hasta 45 SMLMV |
| Hasta 10 meses | Hasta 50 SMLMV |
| Hasta 11 meses | Hasta 55 SMLMV |
| Hasta 12 meses | Hasta 60 SMLMV |
| Hasta 13 meses | Hasta 65 SMLMV |
| Hasta 14 meses | Hasta 70 SMLMV |
| Hasta 15 meses | Hasta 75 SMLMV |
| Hasta 16 meses | Hasta 80 SMLMV |
| Hasta 17 meses | Hasta 85 SMLMV |
| Hasta 18 meses | Hasta 90 SMLMV |
| Hasta 19 meses | Hasta 95 SMLMV |
| 20 meses o más | Hasta 100 SMLMV |

e.- Y la fórmula para determinar la cuantía de los perjuicios morales de la víctima directa es:

$$PM = (\text{número de meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (\text{fracción adicional de días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

f.- El tope de indemnización de perjuicios morales de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la víctima directa solamente podrá ser superado en casos excepcionales, evento en el cual deberá motivarse detalladamente esta decisión y las razones que justifican tal determinación, hasta un monto máximo de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

i) Reducción en el caso de detención domiciliaria

46.- Estima la Sala que, también como regla general, la intensidad del perjuicio es sustancialmente inferior cuando se trata de detención domiciliaria, caso en el cual la persona no se ve privada del entorno material de su hogar ni de la compañía de su familia. Esta circunstancia incide en la determinación de la intensidad de los perjuicios morales que sufren la víctima directa y sus familiares.

Por lo tanto, en casos de **detención domiciliaria**, la reparación deberá disminuirse en un **cincuenta por ciento (50%)**.

(...)

49.- De igual manera, no se estima justificado reconocer a favor de los cónyuges, compañeros permanentes o parientes en el primer grado de consanguinidad el mismo monto que se le otorga a la víctima directa que ha padecido la privación de la libertad. Nuevamente, se trata de daños frente a los cuales no puede afirmarse, por regla general, que tengan igual intensidad.

50.- El dolor sufrido por la víctima directa de la privación injusta de la libertad no es, por regla general, equiparable al que padecen sus familiares o personas cercanas, que no sufren personalmente la detención. La privación de la libertad, para el que la padece, implica sobrellevar una situación de hecho permanente; no poder realizar sus labores cotidianas; no vivir en su casa de habitación; no estar con sus seres queridos; no poder circular libremente; no poder autodeterminarse; y convivir con desconocidos. Es cierto que los parientes y personas cercanas (padres, hijos, pareja) sufren al saber que la víctima directa del daño se encuentra en tales circunstancias. Pero no resulta razonable considerar que, en todos los casos o por regla general, los dos dolores tienen la misma intensidad o el mismo grado, ni la misma permanencia o constancia durante el periodo de duración de la detención. En consecuencia, tampoco resulta razonable establecer una regla jurisprudencial de equiparación.³⁹

(...)

R.- Las reglas de unificación

65.- Con fundamento en lo anterior, la Sala adoptará las siguientes reglas de unificación para el reconocimiento y cuantificación de perjuicios en casos de responsabilidad del Estado por privación de la libertad:

65.1.- En relación con la víctima directa de la detención, tanto si se trata de detención en establecimiento carcelario, como si se trata de detención domiciliaria, la sola prueba de la privación de la libertad constituye presunción de perjuicio moral para ella.

65.2.- En relación con los parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente, la prueba de tales calidades constituye presunción del perjuicio moral para ellos.

65.3.- Las presunciones establecidas en las dos reglas anteriores podrán desvirtuarse por la parte demandada.

65.4.- En relación con las demás víctimas indirectas, la prueba del parentesco no es una presunción del perjuicio moral. En tales casos, el juez determinará si el

³⁹ María Cecilia M'Clausand, al referirse al dolor que sufren los parientes cercanos del detenido, anota que <<aunque el sufrimiento de estas por lo común es profundo no parece adecuado compararlo con el de quien ve restringida su libertad y padece en carne propia las condiciones de la reclusión>>. No descarta que existan situaciones excepcionales, que deben probarse, entre las cuales menciona el <<caso de los niños pequeños que deben ser separados de su madre recluida y llevados a un lugar especial donde, si bien reciben la protección del Estado, carecen de la compañía familiar>>. M'Causland Sánchez, María Cecilia. *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2019. Págs. 470 y 471.

demandante cumplió la carga de acreditar la existencia del perjuicio moral derivado de la existencia de una relación estrecha con el detenido, de la cual pueda inferirse la existencia de un perjuicio moral indemnizable.

65.5.- Los topes máximos de indemnización se establecen de la siguiente forma para la víctima directa:

a.- Si la privación de la libertad tiene una duración **igual o inferior a un mes**, una suma fija equivalente a **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

b.- Si la privación de la libertad tiene una duración **superior a un mes**:

- **Por cada mes** adicional transcurrido, sin importar el número de días que tenga el mes, **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

- Por cada día adicional al último mes transcurrido, una fracción equivalente a **0,166 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, la cual se obtiene de dividir **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)** por **30 días**.

- La cuantía se incrementará hasta **cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 SMLMV)**, indemnización que recibirá la víctima directa cuando esté detenida por **20 meses o más tiempo**, con el objeto de mantener el tope máximo jurisprudencial, de acuerdo con la jurisprudencia antes indicada.

- De conformidad con los anteriores parámetros, los topes de indemnización de perjuicios morales para la víctima directa son los siguientes:

| Duración de la privación | Víctima directa en SMLMV |
|---------------------------------|---------------------------------|
| Entre un día y un mes | Suma fija de 5 SMLMV |
| Hasta 2 meses | Hasta 10 SMLMV |
| Hasta 3 meses | Hasta 15 SMLMV |
| Hasta 4 meses | Hasta 20 SMLMV |
| Hasta 5 meses | Hasta 25 SMLMV |
| Hasta 6 meses | Hasta 30 SMLMV |
| Hasta 7 meses | Hasta 35 SMLMV |
| Hasta 8 meses | Hasta 40 SMLMV |
| Hasta 9 meses | Hasta 45 SMLMV |
| Hasta 10 meses | Hasta 50 SMLMV |
| Hasta 11 meses | Hasta 55 SMLMV |
| Hasta 12 meses | Hasta 60 SMLMV |
| Hasta 13 meses | Hasta 65 SMLMV |

| | |
|-----------------------|-----------------|
| Hasta 14 meses | Hasta 70 SMLMV |
| Hasta 15 meses | Hasta 75 SMLMV |
| Hasta 16 meses | Hasta 80 SMLMV |
| Hasta 17 meses | Hasta 85 SMLMV |
| Hasta 18 meses | Hasta 90 SMLMV |
| Hasta 19 meses | Hasta 95 SMLMV |
| 20 meses o más | Hasta 100 SMLMV |

- En consecuencia, la fórmula para determinar la cuantía de los perjuicios morales de la víctima directa es:

$$PM = (\text{número de meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (\text{fracción adicional de días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

- En casos de **detención domiciliaria**, la cuantía de los perjuicios morales sufridos por la víctima directa se disminuirá en un **50%**.

65.6.- Para las víctimas indirectas, los topes máximos de indemnización se determinan a partir del monto reconocido a la víctima directa, de la siguiente manera:

a.- A los **parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente, el cincuenta por ciento (50%)** de lo que le corresponda a la víctima directa.

b.- A los **demás demandantes**, cuando acrediten los perjuicios morales, el **treinta por ciento (30%)** de lo que le corresponda a la víctima directa.

65.7.- Para la determinación del monto final de la indemnización de las víctimas indirectas dentro de los topes máximos antes señalados, la cuantificación deberá estar fundamentada en las pruebas que obren en el expediente y ella deberá ser motivada según lo probado en cada caso.

65.8.- Se reitera lo señalado en las anteriores jurisprudencias de unificación en lo relativo a que todos los topes que aquí se establecen podrán ser superados cuando se acrediten circunstancias que evidencien una gravedad e intensidad excepcional en el perjuicio moral sufrido por el detenido o las víctimas indirectas de la detención, las cuales podrán estar relacionadas con la gravedad del delito por el cual el sindicado fue investigado o acusado y las circunstancias particulares afrontadas con ocasión de la detención. En estos eventos, la decisión y las razones que justifican tal determinación deberán motivarse detalladamente. Finalmente, se establece que en ningún caso la indemnización podrá superar los trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la víctima directa.

(...)

Los perjuicios morales sufridos por las víctimas indirectas

76.- Para demostrar los perjuicios morales sufridos por las víctimas indirectas, los demandantes: **(i)** allegaron los correspondientes registros civiles de nacimiento para acreditar su parentesco con los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo y **(ii)** solicitaron los testimonios de personas cercanas a las familias de los detenidos.

77.- En relación con la prueba de los perjuicios morales sufridos por los familiares de la demandante **Berenice Díaz Buitrago**, la Sala destaca que:

77.1.- Con la copia de los registros civiles que obran en el expediente está acreditado que los demandantes tienen los siguientes vínculos de parentesco con Berenice Díaz Buitrago:

Madre: Crisanta Buitrago de Díaz⁴⁰

Padre: Esteban Díaz Gutiérrez⁴¹.

Hijos: Ferley Vargas Díaz y Daniel Vargas Díaz⁴².

Hermanos: Orlando Díaz Buitrago, Ovidio Díaz Buitrago, Octavio Díaz Buitrago, Urbano Díaz Buitrago, Dídimo Díaz Buitrago, Albeiro Díaz Buitrago y Evelio Díaz Buitrago⁴³.

77.2.- La presunción de la existencia de perjuicios morales en relación con la madre, padre e hijos de **Berenice Díaz Buitrago** no fue desvirtuada con las pruebas obrantes en el expediente.

77.3.- En relación con la intensidad de los perjuicios sufridos por los demandantes Ferley Vargas Díaz y Daniel Vargas Díaz, hijos de la víctima directa, los testigos Gladis Yaneth Torres Buitrago, Jairo Ramírez Ducuara y Ana Rosa Lombo Bejarano señalaron que eran menores y convivían con ella cuando fue privada de la libertad, quedaron abandonados en <<manos de los vecinos>> y agregaron que la situación los afectó mucho porque ella era la <<cabeza del hogar>>. Estas circunstancias imponen decretar a su favor el tope máximo de indemnización, previsto en el 50% del perjuicio moral acordado para la víctima directa. Por lo tanto, se reconocerá a favor de cada uno de estos demandantes una reparación correspondiente a **15,75 salarios mínimos legales mensuales vigentes**.

77.4.- En relación con los padres de **Berenice Díaz Buitrago**, los testimonios recibidos hicieron referencia genérica al sufrimiento que la detención generó en toda su <<familia>>, por lo que el perjuicio en relación con ellos se cuantificará en el 40% del perjuicio moral acordado para la víctima directa, lo que equivale a **12,60 salarios mínimos legales mensuales vigentes** para cada uno. (...)”⁴⁴

En este asunto, lo primero que precisa la Sala es que la indemnización procedente en este caso comprende por un lado la privación injusta de la libertad sufrida por Albeiro Serna Ospina y, por otro, la sufrida por Martha Cecilia Orozco Campos.

⁴⁰ F. 22, c. 2.

⁴¹ Ibídem.

⁴² Fls. 17, 18, c. 1.

⁴³ Fls. 20, 21, 23, 24, 25, 26 y 27, c. 2.

⁴⁴ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera; Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, Bogotá D. C., Veintinueve (29) De Noviembre De Dos Mil Veintiuno (2021), Radicación Número: 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681)

Cabe mencionar que, según los testimonios practicados, Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco Campos tenían vínculos maritales, si bien no se aportó acta de matrimonio, esto se puede deducir tanto de los testimonios y los registros civiles de nacimientos de los hijos que tenían en común y que fueron aportados al proceso.

Previo a ello, se debe indicar que se solicitan perjuicios morales a favor Angelica María Serna Méndez, en calidad de hija de crianza de Martha Cecilia Orozco Campos y a favor de Nini Johanna Torres Avendaño en calidad de hija de crianza de las dos víctimas directas (Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco Campos)

Al respecto, se debe indicar que el Consejo de Estado, frente al reconocimiento de perjuicios morales para quienes acuden al proceso alegando la condición de hijos de crianza ha establecido que: *“(...) “Se probaron, con las declaraciones de terceros y de la parte actora, los hechos concernientes, de una parte, a la calidad de damnificados - respecto de la víctima directa - de los hijos de la compañera de Eduardo López y, de otra parte, el dolor moral que aquellos sufrieron con el accidente padecido por su padrastro. Y si bien es cierto, con esos medios de prueba no se establecieron los hechos de crianza para deducir el perjuicio moral, **lo cierto es que se probó directamente este perjuicio y con él la condición de damnificados de los hijastros del señor López. Cuando la jurisprudencia exige la demostración de los hechos de crianza es con el objeto de inferir el perjuicio moral; pero si este se prueba (forma directa) no interesa que el demandante sea o no sea hijo de crianza; lo que es fundamental es la prueba real del mencionado perjuicio. Ahora bien, no es la residencia ininterrumpida bajo el mismo techo la que necesariamente debió darse para entender que se causó un perjuicio moral (aparición formal), sino aquellos momentos de felicidad, de calamidad y de solidaridad los cuales van sustentando un vínculo que realmente existe y se hace visible con el trato de “amor interfamiliares”. Sentencia del 14 de septiembre de 2000. Exp. 12166”***⁴⁵

Así las cosas, se entiende que, aunque es necesario probar los hechos de crianza en un proceso para acreditar el vínculo afectivo y de esa manera el perjuicio moral, lo cierto es que en el caso en que se pruebe ese perjuicio directamente no interesa que el demandante sea o no hijo de crianza, porque se está probando el perjuicio del afectado.

En este asunto, aunque los testigos María Enith Ampudia Ramírez y Edilma Sánchez Caselles, afirmaron que tenían conocimiento de que Angelica María Serna Méndez era hija de crianza de Martha Cecilia Orozco y Nini Johana Torres Avedaño era hija de crianza de las dos víctimas directas, con ellos no se logró probar los hechos de crianza propiamente.

Tampoco, se acreditó la afectación de Angelica María Serna Méndez por la privación de Martha Cecilia Orozco y de Nini Johana Torres Avendaño, por la privación de las dos víctimas directas, pues, los testigos solo se limitaron a decir de manera muy ligera que les constaba que eran hijas de crianza de los afectados con la detención, pero no indicaron de manera contundente en que consistió el sufrimiento o padecimiento.

Así las cosas, no existe pruebas suficientes que acrediten el padecimiento o dolor sufrido por Angelica María Serna Méndez por la privación de Martha Cecilia Orozco y de Nini Johana Torres Avendaño por la detención de las víctimas directas (Albeiro Ospina y Martha Cecilia Orozco); por tanto, se negarán estos perjuicios solicitados.

⁴⁵ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera-Subsección C; Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá D.C., Veintiuno (21) De Febrero De Dos Mil Dieciocho (2018), Radicación Número: 63001-23-31-000-2008-00243-01(42543)

- Perjuicios morales por la privación injusta de la libertad de Albeiro Serna Ospina.

La parte actora solicitó, perjuicios morales por la privación de la libertad de Albeiro Serna Ospina, a este como víctima directa, a Martha Cecilia Orozco Campos en calidad de compañera permanente; a Angelica María Serna Méndez, Maryi Lorena Serna Orozco, William Fernando Serna Orozco, Eduar Albeiro Serna Orozco, en calidad de hijos, Brehiner Albeiro Serna Cano, en calidad de nieto y Blanca Nubia Serna Ospina, en calidad de hermana.

- i) Los perjuicios morales sufridos por la víctima directa

Debido a que no se desvirtuó la presunción de los perjuicios morales sufridos por Albeiro Serna Ospina, con ocasión de la privación de su libertad y teniendo en cuenta que la privación se prolongó por 2 meses y 27 días (detención domiciliaria), como se indicó previamente, para la liquidación se tendrá en cuenta que:

Fórmula para la liquidación de los perjuicios morales:

$$PM = (\text{número de meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (\text{fracción adicional de días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

$$PM = (2 \text{ meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (27 \text{ días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

$$PM = 10 \text{ SMLMV} + 4,482 \text{ SMLMV}$$

$$PM = 14,482 \text{ SMLMV}$$

El monto de la indemnización de los perjuicios morales sufridos por Albeiro Serna Ospina (víctima directa), sería de 14,482 SMLMV, por el tiempo que estuvo detenido; sin embargo, como se trató de una detención domiciliaria, el monto deberá disminuirse en un 50%, dando un total a reconocer de 7,241 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- i) Perjuicios morales – víctimas indirectas (compañera permanente, e hijos)

El Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 29 de noviembre de 2021, ya mencionada, estableció que los topes de los perjuicios morales para las víctimas indirectas eran los siguientes: para los parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente el cincuenta por ciento (50%) de lo que le corresponda a la víctima directa. Y para los demás demandantes, cuando acrediten los perjuicios morales, el tope máximo es del treinta por ciento (30%) de lo que le corresponda a la víctima directa

Igualmente, señaló que para la determinación del monto final de la indemnización de las víctimas indirectas dentro de los topes máximos antes señalados, la cuantificación deberá estar fundamentada en las pruebas que obren en el expediente y ella deberá ser motivada según lo probado en cada caso.

En este asunto, los testigos María Edith Ampodia y Edilma Sánchez, indicaron en su declaración que Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco eran esposos, para el momento de la detención, y que debido a la detención perdieron la finca y un negocio “tienda”, con el que devengaban su sustento.

Se encuentra demostrado el parentesco entre la víctima directa y quienes acuden al proceso en calidad de hijos, y la relación con su compañera permanente, además que

convivían juntos al momento de la detención según lo manifestado por los testigos; por tanto, se reconocerá el porcentaje de 3,6205 SMLMV, a favor de Martha Cecilia Orozco Campos (vínculo marital), a Angelica María Serna Méndez (hija) la suma de 3,6205 SMLMV, a Maryi Lorena Serna Orozco la suma de 3,6205 SMLMV (hija), a William Fernando Serna Orozco, la suma de 3,6205 SMLMV (hijo), y Eduar Albeiro Serna Orozco (hijo) la suma de 3,6205 SMLMV.

- Perjuicios morales por la privación injusta de la libertad de Martha Cecilia Orozco Campos.

La parte actora solicitó, perjuicios morales por la privación de la libertad de Martha Cecilia Orozco Campos, a esta como víctima directa, a Albeiro Serna Ospina en calidad de compañero permanente; Maryi Lorena Serna Orozco, William Fernando Serna Orozco, Eduar Albeiro Serna Orozco, en calidad de hijos; Brehiner Albeiro Serna Cano, en calidad de nieto, Fanny Campos Grajales, en calidad de madre, Luz Dary Orozco Campos, Nancy Amparo Orozco Campos y Carlos Enrique Orozco Campos, en calidad de hermanos.

i) Los perjuicios morales sufridos por la víctima directa

Debido a que no se desvirtuó la presunción de los perjuicios morales sufridos por Martha Cecilia Orozco Campos, con ocasión de la privación de su libertad y teniendo en cuenta que la privación se prolongó por 2 meses y 28 días (detención domiciliaria), como se indicó previamente, para la liquidación se tendrá en cuenta que:

Fórmula para la liquidación de los perjuicios morales:

$$PM = (\text{número de meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (\text{fracción adicional de días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

$$PM = (2 \text{ meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (28 \text{ días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

$$PM = 10 \text{ SMLMV} + 4,648 \text{ SMLMV}$$

$$PM = 14,648 \text{ SMLMV}$$

El monto de la indemnización de los perjuicios morales sufridos por Martha Cecilia Orozco Campos (víctima directa), sería de 14,648 SMLMV, por el tiempo que estuvo detenido; sin embargo, como se trató de una detención domiciliaria, el monto deberá disminuirse en un 50%, dando un total a reconocer de 7,324 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- ii) Perjuicios morales – víctimas indirectas (compañero permanente, madre e hijos)

El Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 29 de noviembre de 2021, ya mencionada, estableció que los topes de los perjuicios morales para las víctimas indirectas eran los siguientes: para los parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente el cincuenta por ciento (50%) de lo que le corresponda a la víctima directa. Y para los demás demandantes, cuando acrediten los perjuicios morales, el tope máximo es del treinta por ciento (30%) de lo que le corresponda a la víctima directa

Igualmente, señaló que para la determinación del monto final de la indemnización de las víctimas indirectas dentro de los topes máximos antes señalados, la cuantificación deberá

estar fundamentada en las pruebas que obren en el expediente y ella deberá ser motivada según lo probado en cada caso.

Se encuentra demostrado el parentesco entre la víctima directa y quienes acuden al proceso en calidad de hijos, madre y la relación con su compañero permanente; por tanto, se reconocerá el porcentaje de 3,662 SMLMV, a favor de Albeiro Serna Ospina (vínculo marital), a Maryi Lorena Serna Orozco la suma de 3,662 SMLMV (hija), a William Fernando Serna Orozco, la suma de 3,662 SMLMV (hijo), y Eduar Albeiro Serna Orozco (hijo) la suma de 3,662 SMLMV y a Fanny Campos Grajales (madre) la suma equivalente a 3,662 SMLMV.

iii) Perjuicios morales – víctimas indirectas (hermanos y nieto)

La parte actora, solicitó perjuicios morales a favor de Brehiner Albeiro Serna Cano, en calidad de nieto, Luz Dary Orozco Campos, Nancy Amparo Orozco Campos, Carlos Enrique Orozco Campos y Blanca Nubia Serna Ospina, en calidad de hermanos de las víctimas directas.

Al respecto, se debe recordar que en sentencia de unificación del 29 de noviembre de 2021⁴⁶, el Consejo de Estado determinó dos reglas jurisprudenciales, una de ellas es que los perjuicios morales solo se presumen para la víctima directa, los cónyuges, compañeros permanentes y los parientes en el primer grado de consanguinidad, y en relación con las demás víctimas indirectas, como en el caso de los hermanos, sostuvo:

“(..). 39.- En relación con la prueba del perjuicio moral para la (el) cónyuge o compañera (o) permanente de la víctima directa y sus parientes hasta el primer grado de consanguinidad, la Sala considera que respecto de ellos también puede inferirse la existencia del perjuicio moral con la sola prueba de su parentesco o relación con la víctima directa. En relación con los demás parientes de la víctima directa, la prueba del parentesco no es un indicio suficiente para acreditar los perjuicios morales.

40.- El parentesco, considerado como indicio de la existencia de una relación estrecha de solidaridad y apoyo mutuo con el detenido, debe fundarse en una regla de experiencia que parte de la doctrina sugiere denominar mejor como generalización empírica.⁴⁷ Esas reglas fueron definidas como <<juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se ha inducido y que, por encima de esos casos pretenden tener validez para otros nuevos>>⁴⁸. Aunque se trata de reglas generales, en la medida en que la regla debe aplicarse al caso concreto, no

⁴⁶ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera-Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz; Bogotá D. C., Veintinueve (29) De Noviembre De Dos Mil Veintiuno (2021), Radicación Número: 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681).

⁴⁷ <<El cambio de nombre supone asumir una postura según la cual debería dejarse de lado la idea de que la experiencia, particularmente del juez, sería una fuente válida de conocimiento a efectos de construir y expresar las máximas. Expresa Taruffo al respecto: “(..) es útil hacer referencia a la noción de generalización, dado que el fundamento cognoscitivo de las máximas de la experiencia debería depender de la validez y admisibilidad de las generalizaciones que expresan”. (Acero-Gallego, Luis Guillermo, Análisis sobre las reglas o máximas de la experiencia y su uso en el medio Colombiano, U. D de Girona, 2020, p. 28).

⁴⁸ Stein, citado por Linardo Limardo, Alain, Repensando las máximas de la experiencia, Universidad de Buenos Aires, Quaestio Facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, 2020 p. 115.

puede incurrirse en lo que Taruffo denomina <<prejuicios, generalizaciones infundadas o simplificaciones indebidas>>.

41.- Para la Sala, la inferencia en relación con las consecuencias que se derivan de la privación de la libertad del padre, hijo, cónyuge o compañero (a) permanente, es distinta a la que puede deducirse para los demás parientes de la víctima directa. Los efectos son distintos para quienes, por regla general, conviven con quien ha sido privado de la libertad o tienen respecto del mismo una relación necesaria de permanente contacto. La generalización o regla de experiencia que se adopta como fundamento de la deducción de los perjuicios morales para los primeros se sustenta en que son estos quienes ordinariamente mantienen entre ellos, durante toda la vida, relaciones estrechas y permanentes de apoyo afecto y solidaridad. Esa regla no se extiende a todos los parientes del detenido, porque la característica común del grupo de personas incluido dentro de la generalización se presenta usualmente solo respecto de ellas.

42.- Por lo tanto, en relación con los parientes que no se encuentren en el primer grado de consanguinidad y de los demandantes distintos del cónyuge o compañero (a) permanente, la prueba de la relación de parentesco no puede considerarse como un indicio suficiente del cual deba inferirse la existencia de una relación estrecha con la persona privada de la libertad. Este medio de prueba no es suficiente para demostrar el perjuicio moral y le corresponde al juez confrontarlo con los demás allegados al proceso, para determinar si, de su análisis en conjunto, puede inferirse la existencia de perjuicios morales derivados de la detención de la víctima directa.

43.- En relación con los parientes que no se encuentren en el primer grado de consanguinidad, o distintos del cónyuge o compañero (a) permanente, debe considerarse que solo tienen derecho a la indemnización quienes acrediten que han sufrido un perjuicio moral particular y grave (que es el que puede calificarse de antijurídico) como consecuencia de la privación de la libertad de otra persona. (...)"

Es decir, que en el caso de parientes de la víctima directa que no se encuentren en el primer grado de consanguinidad, es necesario que acrediten que han sufrido un perjuicio moral particular y grave, con ocasión a la privación injusta de la libertad de su familiar, para acceder a la indemnización.

En el caso concreto, la parte actora solicitó prueba testimonial para acreditar los perjuicios sufridos por los demandantes; sin embargo, en relación con los hermanos y nieto de las víctimas directas, las declaraciones practicadas en el proceso no dieron cuenta de ninguna circunstancia de la cual se pueda inferir un perjuicio particular y grave, en virtud de la privación injusta de la libertad sufrida por Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco y tampoco se evidencia ninguna otra prueba que acredite ese perjuicio; por tanto, como la simple prueba de parentesco no se estima como un indicio suficiente para dar por demostrado los perjuicios morales, estos se negaran en favor de los hermanos y nieto.

7.4.2 AFECTACIÓN RELEVANTE A BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS

La parte demandante, solicitó en este asunto la imposición de medidas de reparación integral no pecuniarias a su favor.

En este asunto, quedo probado que existió una medida de aseguramiento en contra de Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco Campos; sin embargo, con posterioridad se profirió sentencia absolutoria a su favor en la que se concluyó que “(...) **realmente ni siquiera se pudo demostrar por parte de la fiscalía que los procesados desplegaron conductas típicas, que se adecuaran claramente al delito de Rebelión**” y al analizar los elementos aportados al proceso penal ese mismo juez indicó: “**Y es más, en esta actuación, ni siquiera se ha hablado por parte de la fiscalía de entrevistas, he de ahí uno de los motivos por los cuales se rechazó su pretensión de prueba de referencia, sino de simples informe de batalla emanados de la Sexta Brigada del Ejército, concretamente del Batallón Caicedo de Chaparral (Tol), por lo que realmente razón le asiste a todos los intervinientes en cuanto no se da cuenta en este proceso de una conducta típica desplegada por los acusados**”; es decir, que se sometió a un proceso penal aun cuando ni siquiera se pudo demostrar que el procesado desplegó conducta típica, lo cual se entiende afectó su buen nombre.

En relación con el daño por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, el Consejo de Estado ha indicado⁴⁹:

“(...) Al encontrarse que existió una condena penal al señor Hugo Domínguez Albarracín por la autoría presunta de un delito que dio a la privación de su libertad personal, la Sala evidencia una afectación al buen nombre del demandante, de suerte que se torna en una afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

El buen nombre hace referencia a la buena opinión que se forma de una determinada persona, es decir el concepto favorable que tienen los congéneres o la comunidad de alguien en particular. Para la Sala la medida restrictiva de la libertad por sí misma tiene la potencialidad para generar descrédito, señalamiento y estigmatización y al ser injusta esta privación por demostrarse que el reproche penal consolidado con la detención fue anulado a través de sentencia absolutoria definitiva es suficiente para tener por acreditada la afectación al buen nombre, que en el caso particular se encuentra también demostrada con el testimonio del señor Luis Rafael Casas Garzón⁵⁰.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en aquellos casos en los que se evidencia que la víctima ha sido ilegal y arbitrariamente privada de su libertad ha ordenado como garantía destinada a restituir el derecho al buen nombre, que se hagan publicaciones en las que se indique que el afectado es ajeno a todos los cargos que se le imputaron⁵¹.

⁴⁹ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera-Subsección B; Consejero Ponente: Fredy Ibarra Martínez, Bogotá Dc, Dos (2) De Noviembre De Dos Mil Veintiuno (2021), Radicación Número: 68001-23-31-000-2005-03051-01(55892)

⁵⁰ Testigo quien al referirse a los perjuicios inmateriales sufridos por el actor señaló que “*el proceso penal le trajo muchos problemas de comportamiento, tanto como el desgano que tiene, las ganas de no vivir y sentirse señalado es lo más terrible*” (fl. 246, cdno. ppal.).

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007. En esta oportunidad, la Corte Interamericana se ocupó de decidir el caso de dos personas que habían sido investigadas y privadas ilegalmente de su libertad por presuntamente pertenecer a una organización dedicada al tráfico internacional de narcóticos. La detención de las víctimas fue ilegal y se prolongó injustificadamente. Aunque el Estado ecuatoriano ordenó que se quitaran las publicaciones y registros que hacían alusión a los ilícitos por los cuales las víctimas fueron investigadas, la Corte indicó que si bien con ello se buscaba restituir del buen nombre de los actores, como medida de reparación integral de las víctimas se debía realizar una publicación en la cual se señalara específicamente

Se ordenará, en consecuencia, a la Nación - Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación que emita un comunicado en el que se disculpe con la víctima por el perjuicio causado y reconozca que él no era responsable del delito que se le imputó. De acuerdo con el principio según el cual este tipo de reparaciones integrales debe concertarse con la víctima, el demandante le informará a la demandada, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia, si dicho documento solamente le será entregado en físico a él o si, además, desea que se publique en las plataformas de comunicación y difusión de la entidad, y a ello se procederá una vez así sea comunicado. De no hacerse ninguna manifestación durante esa etapa, se entenderá que la víctima opta porque las disculpas se expresen de manera privada, por lo que así se cumplirá de manera seguida.(...)"

Así las cosas, resulta procedente disponer una **medida no pecuniaria**, por lo que se ordenará a la Rama Judicial y a la Fiscalía General Nación que procedan a reconocer públicamente su responsabilidad por la privación injusta de la libertad de Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco Campos, reconocimiento que debe contener la respectiva disculpa dirigida a cada uno de los demandantes quienes sufrieron por la afectación al buen nombre de la víctima directa, lo anterior debe efectuarse a través de medios de comunicación de amplia circulación nacional; y dentro del término de dos meses, contados a partir de la ejecutoria de este fallo.

7.4.3 PERJUICIO MATERIAL – LUCRO CESANTE

La parte actora solicitó el reconocimiento del perjuicio material lucro cesante, por el tiempo en que Alirio Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco Campos, estuvo privado de la libertad más 9 meses que es el tiempo que se estima una persona se tarda en conseguir trabajo.

En primer lugar, la parte actora solicita incluir dentro de la liquidación del lucro cesante el tiempo de 9 meses que presuntamente se demora una persona en conseguir trabajo, frente a este aspecto, se debe indicar que las presunciones para la liquidación del perjuicio material de lucro cesante, en casos de privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado, ha indicado:

“(..). En suma, la Sala de la Sección optó por disponer indemnizaciones por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, en los eventos de privación injusta de la libertad, a partir de la aplicación de manera indistinta de presunciones de orden interpretativo; así, para la liquidación de este perjuicio, presumió que: i) ante la ausencia de la prueba del ingreso devengado por la víctima del daño, si se encontraba en una edad productiva, ésta recibía como ingreso, al menos, un salario mínimo legal mensual, incluso con independencia de que hubiera acreditado o no que al tiempo de la detención mantenía un vínculo laboral o desempeñaba una actividad que le reportara ingresos, ii) la víctima, luego de recobrar la libertad, requería un tiempo adicional para reubicarse laboralmente, sin importar para ello si era empleado o independiente y iii) el ingreso de la víctima debía incrementarse en un 25%, por concepto de prestaciones sociales, sin importar si, para cuando perdió libertad, era asalariado o no.

que fueron ilegal y arbitrariamente privadas de su libertad, lo anterior, con la finalidad de restituir el buen nombre y como garantías de no repetición.

Sin embargo, a juicio de la Sala, resulta mejor, con miras a un adecuado ejercicio de la labor de impartir justicia, soslayar el uso de presunciones de orden jurisprudencial que lleven a reconocer de oficio perjuicios de este tipo, pues evitarlas y, por tanto, decidir con sustento en hechos o supuestos efectivamente probados garantiza de manera efectiva y eficaz el principio de congruencia de las sentencias y mantiene incólumes el principio de justicia rogada y el principio dispositivo⁵², los cuales orientan la actividad y las decisiones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Agrégase a lo anterior que las orientaciones jurisprudenciales anteriormente mencionadas y las presunciones jurisprudenciales aplicadas con el objeto de determinar la existencia y el monto de los perjuicios materiales podrían entenderse en el sentido de que, cumplidas ciertas condiciones, los demandantes tienen derecho, per se, a obtener el pago de perjuicios en determinado monto; sin embargo, ello podría llevar a desconocer involuntariamente en algún caso que el reconocimiento de un perjuicio solo procede si ha sido solicitado por la parte interesada, lo que implica que ésta lo reclame de manera expresa y cuantifique su monto de manera razonada (artículo 162, numerales 2 y 6 del C.P.A.C.A. –antes artículo 137 del C.C.A.- y artículo 281 de C.G.P. –antes 305 del C. de P.C.-) y a ello se puede acceder siempre que dicha parte haya cumplido con la carga de acreditar tanto la existencia como la cuantía del perjuicio.

La ausencia de petición, en los términos anteriores, así como el incumplimiento de la carga probatoria dirigida a demostrar la existencia y cuantía de los perjuicios debe conducir, necesariamente, a denegar su decreto.

Los perjuicios materiales solo pueden decretarse previo estudio motivado y razonado que tenga en cuenta las pretensiones y las pruebas aportadas por la parte; así, solo se puede conceder al demandante el perjuicio reclamado, a partir de la apreciación razonada y específica que el juzgador realice de los medios probatorios obrantes en el expediente, en la que se consideren las circunstancias concretas que permitan deducir que, en efecto, la detención le generó la pérdida de un derecho cierto a obtener el ingreso que, de no haberse producido el daño, habría seguido percibiendo o podría haber percibido como producto de la labor que desempeñaba antes de ser privado de la libertad o que iba a empezar a percibir en razón de una relación existente pero que apenas iba a empezar a cumplirse.

Tratándose del lucro cesante causado durante la detención y de la imposibilidad de percibir un ingreso con posterioridad a la misma, el juzgador deberá tener en cuenta que no puede asimilarse el caso de una persona que tiene vigente una actividad productiva lícita que le genera ingresos por sus servicios que efectivamente se interrumpen o terminan con su detención, con el evento en que ésta no genera tal efecto o con aquel en el que esa actividad no existe y, por ende, la detención no implica la pérdida de un lucro económico.

⁵² El principio dispositivo ha sido definido por la doctrina como “La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin. O como dice COUTURE: ‘es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso’. “Son características de esta regla las siguientes:

“El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado” (LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio: “Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General”, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, pág. 106).

En los casos en los que se prueba que la detención produjo la pérdida del derecho cierto a obtener un beneficio económico, lo cual se presenta cuando la detención ha afectado el derecho a percibir un ingreso que se tenía o que con certeza se iba a empezar a percibir, el juzgador solo podrá disponer una condena si, a partir de las pruebas obrantes en el expediente, se cumplen los presupuestos para ello, frente a lo cual se requiere que se demuestre que la posibilidad de tener un ingreso era cierta, es decir, que correspondía a la continuación de una situación precedente o que iba a darse efectivamente por existir previamente una actividad productiva lícita ya consolidada que le permitiría a la víctima directa de la privación de la libertad obtener un determinado ingreso y que dejó de percibirlo como consecuencia de la detención.

Entonces, resulta oportuno recoger la jurisprudencia en torno a los parámetros empleados para la indemnización del lucro cesante y, en su lugar, unificarla en orden a establecer los criterios necesarios para: i) acceder al reconocimiento de este tipo de perjuicio y ii) proceder a su liquidación.

La precisión jurisprudencial tiene por objeto eliminar las presunciones que han llevado a considerar que la indemnización del perjuicio es un derecho que se tiene per se y establecer que su existencia y cuantía deben reconocerse solo: i) a partir de la ruptura de una relación laboral anterior o de una que, aun cuando futura, era cierta en tanto que ya estaba perfeccionada al producirse la privación de la libertad o ii) a partir de la existencia de una actividad productiva lícita previa no derivada de una relación laboral, pero de la cual emane la existencia del lucro cesante.

(...)

1.1.1 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.⁵³).

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).

(...)

2.2.1 Período indemnizable

El período indemnizable, para la liquidación del lucro cesante, en los eventos de privación injusta de la libertad, será el tiempo que duró la

⁵³ Para la Corte Constitucional (sentencia T-733 de 2013): “La noción de carga de la prueba ‘onus probandi’ es una herramienta procesal que permite a las partes aportar los elementos de prueba para acreditar los hechos que alega el demandante o las excepciones propuestas por el demandando. Su aplicación trae como consecuencia que aquella parte que no aporte la prueba de lo que alega soporte las consecuencias. Puede afirmarse que la carga de la prueba es la obligación de ‘probar’, de presentar la prueba o de suministrarla cuando no ‘el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no (sic) existencia de un hecho afirmado’, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero”.

detención, es decir, el período que transcurrió desde cuando se materializó la orden de detención con la captura o la aprehensión física del afectado con la medida de aseguramiento y hasta cuando éste recobró materialmente la libertad o quedó ejecutoriada la providencia que puso fin a la actuación penal contra el investigado o sindicado, lo último que ocurra.

La liquidación del lucro cesante comprenderá, si se pide en la demanda y se prueba suficientemente su monto, el valor de los ingresos ciertos que, de no haberse producido la privación de la libertad, hubiera percibido la víctima durante el tiempo que duró la detención y, además, si se solicita en la demanda, el valor de los ingresos que se acredite suficientemente que hubiera percibido la víctima después de recuperar su libertad y que se frustraron con ocasión de pérdida de ésta.

2.2.2 Ingreso base de liquidación

El ingreso base de liquidación deber ser lo que se pruebe fehacientemente que devengaba la víctima al tiempo de su detención, proveniente del ejercicio de la actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos.

(...)

2.2.3 Aplicación del salario mínimo legal mensual

Cuando se acredite suficientemente que la persona privada injustamente de la libertad desempeñaba al tiempo de su detención una actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos y que no pudo continuar desempeñando por causa de la detención, pero se carezca de la prueba suficiente del monto del ingreso devengado producto del ejercicio de tal actividad lícita o la privada de la libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, **la liquidación del lucro cesante se debe hacer teniendo como ingreso base el valor del salario mínimo legal mensual vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso de reparación directa**, lo cual se aplica teniendo en cuenta que, de conformidad con lo previsto en la ley 100 de 1993, ese es el ingreso mínimo o el salario base de cotización al sistema general de seguridad social (artículos 15 y 204) y, además, que el artículo 53 constitucional ordena tener en cuenta el principio de la “remuneración mínima vital y móvil” y que, según el artículo 145 del Código Sustantivo del Trabajo, “... el salario mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a las necesidades normales y a las de su familia”. (...)⁵⁴

Con base en lo expuesto, y en relación con las presunciones para la liquidación del perjuicio material de lucro cesante, en casos de privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado en la mencionada sentencia de unificación, indicó que si bien venía reconociendo lucro cesante aplicando indistintas presunciones de orden interpretativo, lo cierto es que a partir de ese pronunciamiento, consideró que para un adecuado ejercicio de la labor de impartir justicia, lo mejor era soslayar el uso de presunciones de orden jurisprudencial que llevaban reconociendo y emitir condenas o decidir con sustento en

⁵⁴ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera; Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, Bogotá, D.C., Dieciocho (18) De Julio De Dos Mil Diecinueve (2019), Radicación Número: 73001-23-31-000-2009-00133-01(44572)

hechos o supuestos efectivamente probados para garantizar de manera efectiva y eficaz el principio de congruencia de las sentencias.

Y así, la misma Corporación, determinó que todo daño y perjuicios solicitados por la parte actora se indemnice por concepto de lucro cesante debe tener prueba suficiente que lo acredite, porque de lo contrario no se puede acceder a reconocimiento alguno.

De esta manera, en un caso similar de privación injusta, la misma corporación, sostuvo:

“(..). 19.- La parte actora solicitó (i) <<el reconocimiento de todos los salarios y demás emolumentos que pudo devengar o percibir el demandante Altamar Martínez mientras estuvo privado de la libertad, con base en el último sueldo devengado el día anterior a su detención>>; (ii) <<el reconocimiento de un pago sobre el tiempo adicional que jurisprudencialmente se ha reconocido para efectos de la reinserción laboral>>.

20.- Según la certificación laboral emitida por la DIAN y allegada al proceso por la parte actora, el contrato laboral del demandante Altamar Martínez vencía el 31 de julio de 2006, es decir unos días después de su captura, la cual se llevó a cabo el 24 de julio de 2006. Por lo tanto, el período a indemnizar por concepto de lucro cesante se debería extender solo hasta la fecha de terminación del contrato laboral.

*21.- **Tampoco es procedente el reconocimiento del período de reubicación laboral. Según la sentencia de unificación del Consejo de Estado, del 18 de julio de 2019⁵⁵, para que éste pueda ser computado dentro del lucro cesante, se requiere que haya sido solicitado expresamente en la demanda y que se demuestre plenamente que la víctima directa no pudo ser nuevamente empleado luego de la privación de la libertad. En este caso, no es procedente su reconocimiento porque la parte actora no acreditó que, una vez en libertad, hubiera decidido emprender la búsqueda de encontrar trabajo o una actividad económica productiva. (...)**”(negrilla fuera de texto)⁵⁶*

Así las cosas, no es posible acceder a la petición de reconocimiento del término de 9 meses como término adicional para liquidación del perjuicio de lucro cesante, correspondiente al lapso en que dura una persona para conseguir empleo, ya que la parte actora ni siquiera cumplió con la carga de la afirmación sostenida, esto es, no demostró el tiempo que efectivamente se tardó en conseguir trabajo las víctimas directas, una vez recuperaron su libertad.

Ahora bien, frente al reconocimiento del lucro cesante, se reitera que, de conformidad con el criterio jurisprudencial unificado⁵⁷, para el reconocimiento de este perjuicio debe: (i) haber sido solicitado en la demanda y (ii) estar demostrado que al momento de su detención la persona desempeñaba una actividad económica y que debido a la privación de la libertad dejó de percibir ingresos. En relación con la liquidación del perjuicio se indicó que: (i) el periodo indemnizable es el tiempo que duró la detención, desde la aprehensión física hasta <<cuando éste recobró materialmente la libertad o quedó ejecutoriada la providencia que puso fin a la actuación penal contra el investigado o sindicado, lo último

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 18 de julio de 2019, Expediente 44572. M.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁵⁶ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera-Subsección B; Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, Bogotá D.C., Diecinueve (19) De Febrero De Dos Mil Veintiuno (2021), Radicación Número: 25000-23-26-000-2011-00641-01(48602)

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572). Sentencia del 18 de julio de 2019. M.P.: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera

que ocurra>>; (ii) el ingreso base de liquidación debe estar probado, y en caso de que se pruebe que la persona desempeñaba una actividad lícita pero no el monto devengado <<la liquidación del lucro cesante se debe hacer teniendo como ingreso base el valor del salario mínimo legal mensual vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso de reparación directa>> y (iii) es viable el reconocimiento del 25% por prestaciones sociales en caso de que se acredite una relación laboral subordinada, siempre y cuando se haya solicitado en la demanda.

Ahora bien, a partir de los testimonios de María Enith Ampudia y Edilma Sánchez, se logra inferir que Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco, al momento de la detención ejercía labores del campo porque tenía una finca y un negocio “tienda” con el que devengaban su sustento en la jurisdicción de las Hermosas Chaparral.

Por tanto, con esta prueba se pudo acreditar que las víctimas directas Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco Campos desarrollaban una actividad lícita. Sin embargo, no se allegó prueba suficiente del monto al que ascendían sus ingresos; por lo tanto, el lucro cesante se liquidará con base en el salario mínimo legal vigente para este momento, sin ningún tipo de incremento por concepto de prestaciones sociales comoquiera que se trataba de una actividad independiente y no acreditó vinculación laboral.

i) Lucro cesante- Alirio Serna Ospina

Para la liquidación del perjuicio se tendrá en cuenta:

- a.- Periodo indemnizable: es el tiempo de la privación, esto es, 2 meses y 27 días (16 de julio de 2009 al 13 de octubre de 2009)
- b.- Salario mínimo 2022: \$ 1.000.000.
- c.- Se calcula con base en la siguiente fórmula:

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

Donde:

S= Valor de indemnización por el período

Ra= Renta actualizada

i= Interés técnico del 0,004867

n= Número de meses a indemnizar: 2,887

1= Constante

$$S = 1.000.000 \frac{(1 + 0,004867)^{2,887} - 1}{0,004867}$$

S = \$2.859.906,79

Es decir, se reconocerá a favor del demandante Alirio Serna Ospina la suma de \$2.859.906,79 por concepto de lucro cesante.

i) Lucro cesante- Martha Cecilia Orozco Campos

Para la liquidación del perjuicio se tendrá en cuenta:

- a.- Periodo indemnizable: es el tiempo de la privación, esto es, 2 meses y 28 días (15 de julio de 2009 al 13 de octubre de 2009)
- b.- Salario mínimo 2022: \$ 1.000.000.
- c.- Se calcula con base en la siguiente fórmula:

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

Donde:

S= Valor de indemnización por el período
Ra= Renta actualizada
i= Interés técnico del 0,004867
n= Número de meses a indemnizar: 2,91
1= Constante

$$S = 1.000.000 \frac{(1 + 0,004867)^{2,91} - 1}{0,004867}$$

S = \$2.882.530,38

Es decir, se reconocerá a favor de la demandante Martha Cecilia Orozco Campos la suma de \$2.882.530,38 por concepto de lucro cesante.

8. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

El CPACA en el artículo 188 señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que este compilado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso para la liquidación y ejecución de las agencias en derecho.

Por lo anterior, se condenará a la parte demandada (Rama Judicial -Fiscalía General de la Nación), en las costas de ambas instancias en un salario mínimo legal mensual vigente para cada una de las demandadas y en cada una de las instancias, siempre y cuando se encuentre acreditado en el proceso. Y se ordenará a la secretaría del *a-quo* que liquide tales costas, conforme a las reglas mencionadas.

9. OTRAS CONSIDERACIONES

La presente providencia será estudiada y aprobada mediante la utilización de medios electrónicos, de acuerdo a lo establecido en la Ley 2213 de 2022.

Por lo anterior, esta providencia se circulará para su deliberación a través de correos electrónicos institucionales.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE:

REVOCAR la sentencia del 16 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, y en su lugar, quedará así:

PRIMERO: DECLARAR administrativa, patrimonial y solidariamente responsables a la Nación-Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial por la privación de la libertad de Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco Campos.

SEGUNDO: CONDENAR solidariamente responsables a la Nación-Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial a pagar las siguientes indemnizaciones, por concepto de perjuicios morales:

- i) Perjuicios morales por la privación injusta de la libertad de Albeiro Serna Ospina
 - A favor de Albeiro Serna Ospina (víctima directa), la suma equivalente a 7,241 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
 - A favor de Martha Cecilia Orozco Campos (vínculo marital), la suma equivalente a 3,6205 SMLMV.
 - A favor de Angelica María Serna Méndez (hija) la suma de 3,6205 SMLMV.
 - A favor de Maryi Lorena Serna Orozco la suma de 3,6205 SMLMV (hija).
 - A favor de William Fernando Serna Orozco (hijo), la suma de 3,6205 SMLMV.
 - A favor de Eduar Albeiro Serna Orozco (hijo) la suma de 3,6205 SMLMV.

- ii) Perjuicios morales por la privación injusta de la libertad de Martha Cecilia Orozco Campos
 - A favor de Martha Cecilia Orozco Campos, la suma equivalente a 7,324 SMLMV
 - A favor de Albeiro Serna Ospina (vínculo marital), la suma equivalente a 3,662 SMLMV.
 - A favor de Maryi Lorena Serna Orozco(hija) la suma de 3,662 SMLMV.
 - A favor de William Fernando Serna Orozco (hijo), la suma de 3,662 SMLMV
 - A favor de Eduar Albeiro Serna Orozco (hijo) la suma de 3,662 SMLMV.
 - A favor de Fanny Campos Grajales (madre) la suma equivalente a 3,662 SMLMV.

TERCERO: ORDENAR como medida no pecuniaria, a la Rama Judicial y a la Fiscalía General Nación que procedan a reconocer públicamente su responsabilidad por la privación injusta de la libertad de Albeiro Serna Ospina y Martha Cecilia Orozco Campos, reconocimiento que debe contener la respectiva disculpa dirigida a cada uno de los demandantes quienes sufrieron por la afectación al buen nombre de la víctima directa, lo anterior debe efectuarse a través de medios de comunicación de amplia circulación nacional; y dentro del término de dos meses, contados a partir de la ejecutoria de este fallo.

CUARTO: CONDENAR solidariamente responsables a la Nación-Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial a pagar a favor de Albeiro Serna Ospina, la suma de \$2.859.906,79 por concepto de lucro cesante.

QUINTO: CONDENAR solidariamente responsables a la Nación-Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial a pagar a favor de Martha Cecilia Orozco Campos, la suma de \$2.882.530,38 por concepto de lucro cesante.

SEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandada (Rama Judicial -Fiscalía General de la Nación), en las costas de ambas instancias en un salario mínimo legal mensual vigente para cada una de las demandadas y en cada una de las instancias, siempre y cuando se encuentre acreditado en el proceso. Y se ordenará a la secretaría del *a-quo* que liquide tales costas, conforme a las reglas mencionadas

OCTAVO: Una vez en firme, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las constancias secretariales correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

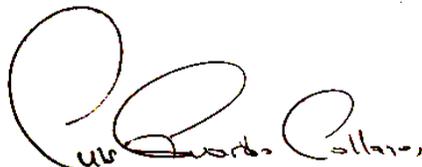
Los Magistrados,



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA



LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
Magistrado Ponente: LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Ibagué, veintisiete (27) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 73001-33-33-002-2018-00299-01
Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA
Demandante: MANUEL FERNANDO GARCÍA MORENO - OTROS
Apoderado: RAÚL IGNACIO MOLANO FRANCO
Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL
Apoderada: JUAN PAULO RIVAS GAMBOA
Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Apoderada: MARTHA LILIANA OSPINA RODRÍGUEZ
TEMA: PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

I. SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el fallo proferido por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué el día 12 de marzo de 2020, por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

La parte activa del proceso en ejercicio del medio de control de reparación directa, presentó demanda contra la Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial y la Fiscalía General de la Nación, con el fin de que sea declaradas administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios morales, materiales y daño a los bienes constitucionales y legales causados con ocasión a la privación injusta de la libertad de Jorge Enrique García el día 14 de octubre de 2009.

Como consecuencia de lo anterior, solicitan el reconocimiento de perjuicios materiales, morales y daño a los bienes constitucionales y legales.

2. HECHOS

Las circunstancias fácticas pertinentes para el respectivo estudio son:

2.1 El 14 de julio de 2009, Jorge Enrique García Moreno fue privado de su libertad hasta el día 06 de noviembre de 2009, lo cual dio lugar a perjuicios materiales, morales y constitucionales, por el delito de rebelión.

2.2 El 16 de julio de 2016, se llevó a cabo juicio oral ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la ciudad de Ibagué y se dictó sentencia absolutoria a favor de Jorge Enrique García Moreno, esto por solicitud de la misma Fiscalía General de la Nación al no contar con ningún elemento probatorio.

2.3 Que en la sentencia absolutoria se concluyó que los procesados no desplegaron conductas típicas que se adecuaran en el delito de rebelión; sin embargo, el demandante estuvo privado de la libertad sin que tuviera que soportar dicha detención.

2.4 Jorge Enrique García Moreno convive de manera permanente e ininterrumpida desde hace más de 15 años con su compañera permanente, Edith Cuarte Archila.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial¹.

Sostuvo que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por las razones de hecho y derecho que se debaten en este proceso.

Explica que, en sentencia del 10 agosto de 2015 5400123100020000183401 (30134), el Consejo de Estado, adoptó otra posición y cuyo eje estaba enfocado a realizar un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determinar si los argumentos que sustenta la exoneración penal, como podría ser la aplicación del principio del *in dubio pro reo*, esconde deficiencia en la actividad investigativa, de recaudo o valoración probatorio de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son los que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación.

Que la teoría presentada por la fiscalía al inicio del juicio oral, no encontró respaldo en las pruebas legalmente recaudadas y arrimadas al proceso, y que se presentaron falencias de tipo probatorio que conllevaron a que el Juez con Función de Conocimiento, no pudiera emitir sentencia condenatoria ante el hecho de que no se encontraba demostrada la responsabilidad de los procesados.

Que en la audiencia de imputación e imposición de medidas de aseguramiento que tuvo a su cargo el Juez de Control de Garantías; con base en las pruebas aportadas por la Fiscalía, se podía inferir de manera razonada la necesidad de la medida más no la responsabilidad del imputado en el delito endilgado, de tal manera 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 Jorge Enrique García Moreno, 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.

Que cuando la fiscalía incumple sus deberes probatorios, y el juez debe absolver al procesado no surge la responsabilidad del Estado respecto de la Nación - Rama 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.

Por lo anterior, solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda.

3.2 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN²

Sostuvo que se opone a las pretensiones de la demanda.

Que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.

Que en este asunto, la Fiscalía solicitó orden de captura ante el Juez De Control de Garantías, y posteriormente acudió ante el Juez con función de control de garantías, donde se celebró la audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de

¹ Ver folios 109-118 del cuaderno principal- expediente digital

² Folios 8121-137 del cuaderno principal-expediente digital

imputación e imposición de medida de aseguramiento, declarándose esta legal por parte del Juez de Control de Garantías, en conclusión, quien ordena, legaliza la captura e impone la medida de aseguramiento es el juez de control de garantías y no la fiscalía.

Que en el nuevo Estatuto de Procedimiento Penal, a la Fiscalía le corresponde adelantar la investigación, para de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, pueda solicitar, como medida preventiva la detención del sindicado, si lo considera conveniente, correspondiéndole al Juez de garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía, y decretar las que estime procedentes, y así establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, es decir, que si todo se ajusta a derecho, es el Juez de Control de Garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer; sin que sea posible declarar la responsabilidad de esta entidad por "detención ilegal", ya que si bien es cierto se dio esta medida, ella no fue proferida por la Fiscalía.

Que es un requisito *sine qua non* para que proceda la responsabilidad patrimonial del Estado, la existencia de un daño antijurídico, y en el caso concreto la Fiscalía General De La Nación, no está legitimada para responder por los daños presuntamente causados a Jorge Enrique García por ello se hace necesario esgrimir como excepción la ausencia del daño con el fin de resolver desfavorablemente las pretensiones de la demanda, pues, si no hay daño antijurídico no hay lugar a reparación esto por cuanto además no todo daño implica necesariamente un perjuicio que se deba reclamar.

Y propuso las excepciones de: Falta de legitimación en la causa por pasiva, Ausencia de daño antijurídico e inimputabilidad del mismo a la Fiscalía General de la Nación e inexistencia del nexo causal.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, el 12 de marzo de 2020, negó las pretensiones de la demanda, tras considerar que el Juez de Control de Garantías al momento de ordenar la medida de aseguramiento valoró a cabalidad los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida y aportada hasta ese momento por parte de la Fiscalía General de la Nación, las cuales permitían inferir que era autor del delito imputado; sin que se aprecie ninguna actuación irregular en la decisión judicial que limitó el derecho a la libertad del demandante.

Y concluyó que la restricción del derecho a la libertad fue razonada y justificada y no comportó una carga superior a la que como ciudadano debía soportar, al haberse tomado con apego a la normatividad vigente y de cara a los elementos materiales probatorios existentes a la audiencia de control de garantías, lo que apareja como consecuencia la imposibilidad de catalogarla como antijurídica, como primer elemento de la responsabilidad del Estado.

5. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante en su apelación indicó que en el proceso penal existió una total orfandad investigativa desde el inicio de la investigación por parte de la Fiscalía General de la Nación, lo cual conlleva a una falla en el servicio por omisión en su deber constitucional y legal investigativo, lo que acarreo un daño antijurídico para el actor, consistente en la privación injusta de su libertad por el periodo comprendido entre el 14

³ Ver páginas 183 al 1

de julio de 2009 al 6 de noviembre de 2009, daño que le ocasionó perjuicios del orden material y moral.

Que contrario a lo indicado por el juez de instancia la medida de aseguramiento impuesta al demandante carecía de proporcionalidad y necesidad, pues, no existía elemento material probatorio suficiente, que permitiera inferir razonablemente que el imputado realmente pertenecía a la guerrilla, y solo reposaban acusaciones y señalamiento de terceros que manifestaban ese hecho, lo cual dio lugar a una deficiente investigación preliminar de la Fiscalía, que culminó con sentencia absolutoria.

Que el actor no cometió el delito imputado, y tampoco las aquí demandadas lograron probar una causal eximente de responsabilidad que les permitiera exonerarse de reparar los perjuicios ocasionados a los demandantes y la antijuricidad del daño se refleja en la sentencia absolutoria.

Que el Consejo de Estado al resolver un caso similar al aquí discutido, indico que existió una falla en el servicio, al no cumplirse los requisitos impuestos en el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal, pues, el mero señalamiento de un reinsertado no constituye *per se* un indicio de responsabilidad, aunado a ello se reitera que el informe militar no constituye investigación de policía judicial, por lo cual se puede pregonar una total orfandad probatoria dentro del proceso penal, hecho que torna "ilícita" o antijurídica la privación de la libertad como aquí ocurrió, razón por la cual en aplicación del artículo 90 de la Constitución Política, surge la obligación en cabeza del Estado de reparar los perjuicios materiales e inmateriales ocasionados.

Por lo anterior, solicitó se revoque la sentencia apelada y se acceda a las pretensiones.

6. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El proceso fue radicado en esta Corporación el 7 de octubre de 2020. Mediante auto del día 19 de julio de 2021, se admitió el recurso de apelación, y el 4 de marzo de 2022, se corrió traslado a las partes, por término de 10 días, para que presentaran sus alegatos de conclusión y al agente del Ministerio Público, por un término igual, para que rindiera su concepto; oportunidad en la que la parte demandada Fiscalía General de la Nación, reiteró los argumentos expuestos en sus respectivos escritos.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

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

2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Deberá la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

- Determinar si existe responsabilidad patrimonial del Estado por la investigación penal adelantada en contra de Jorge Enrique García Moreno en la que se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su domicilio por el delito de Rebelión, para luego culminar el proceso con absolución.
- En este asunto, si la víctima directa de la privación injusta de la libertad, se absolvió porque la conducta era atípica, hay lugar a la aplicación del régimen objetivo.

- Es imputable el daño tanto a la Rama Judicial como a la Fiscalía General de la Nación
- Es posible acceder al reconocimiento de los perjuicios materiales y morales alegados

3. TESIS DE LA SALA

La Sala revocará la sentencia apelada, y en su lugar accederá parcialmente a las pretensiones.

En el *sub-lite*, advierte la Sala que se encuentra demostrado el daño alegado respecto de la detención o privación de la libertad, toda vez que al demandante efectivamente se le restringió su libertad en razón al punible de Rebelión, por lo que se pudo determinar que la privación de la libertad - daño - se presentó del **14 de julio de 2009 al 6 de noviembre de 2009, es decir, 3 meses y 22 días.**

En este punto, indica la Sala que armonizando las actuales posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional⁴ y del Consejo de Estado⁵, en cuanto al análisis de responsabilidad por los eventos de privación injusta de la libertad, partiendo propiamente de la antijuridicidad, puede concluirse que ésta se configura sin mayores exigencias cuando las causales de libertad se originan en que *i)* el hecho no existió y *ii)* la conducta era objetivamente atípica, en los que incluso se ha avalado el título de imputación de responsabilidad objetiva; y en los demás supuestos, relacionados con la absolución porque *iii)* no cometió el delito, *iv)* se dio aplicación del principio *in dubio pro reo*, y *v)* otros eventos de liberan la responsabilidad penal, la antijuridicidad queda supeditada al análisis de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, pues no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en estos eventos, sino que es imprescindible, determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Bajo ese panorama jurisprudencial, en principio, se debe analizar si se cumplen los presupuestos para la configuración de alguna causal que dé lugar a la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad; así las cosas, se evidencia la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué, del 16 de julio de 2016, mediante la cual se absolvió a Jorge Enrique García Moreno y se concluyó, lo siguiente: ***“(...) No obstante lo dicho, vemos que la petición de la fiscalía, coadyuvada por la defensa en bloque, si encuentra eco, ya que realmente ni siquiera se pudo demostrar por parte de la fiscalía que los procesados desplegaron conductas típicas, que se adecuaran claramente al delito de Rebelión.(...) Efectivamente, aquí podemos concluir que, si bien es cierto que los encartados, para la época de los hechos, desplegaron sendas conductas, naturalistamente entendidas, también lo es que las mismas ni siquiera pueden catalogarse de típicas.(...)”***

De lo transcrito, se puede inferir que en el proceso penal no se llegó al convencimiento de la ejecución de las conductas punibles imputadas, concluyendo el juez penal que ni siquiera se tuvo certeza de la tipicidad de la conducta, siendo la tipicidad un elemento fundamental para la configuración de la conducta punible, es decir, que el daño alegado por la parte actora se encuentra debidamente demostrado y de esta manera no tenía el deber jurídico de soportarlo; más aún, cuando conforme a lo planteado por la Corte Constitucional en Sentencia SU-072 de 2018, en los casos de privación injusta de la

⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas

⁵ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 15 de agosto de 2018, radicado 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46947), y la sentencia Sección Tercera, Consejero Ponente José Roberto SÁCHICA Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, que reemplazo la sentencia antes anunciada, en cumplimiento de la sentencia de tutela (radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01).

libertad en los que se presenten casuales como que el hecho no existió y que la conducta es atípica, es posible la aplicación del régimen objetivo, pues, la decisión de privar a alguien de la libertad al imponer medida de aseguramiento requiere de la acreditación de esos presupuestos, por lo que en este asunto el daño antijurídico resulta evidente.

Teniendo en cuenta lo anterior y los recientes pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, es preciso advertir que en este asunto se puede imputar responsabilidad al Estado bajo el régimen objetivo, pues, la conducta delictiva atribuida a Walter Rodríguez Bermeo, llegó a ser atípicas, sin que se probara su ejecución o realización.

Ahora, no puede olvidarse que frente al título de imputación de privación injusta de la libertad, nos encontramos frente a una responsabilidad de carácter objetiva, donde lo determinante es la antijuricidad del daño y no la imputación de responsabilidad, lo que amerita un juicio de valor sobre la conducta realizar por la Fiscalía o por la Rama Judicial, sin embargo, **como el régimen de imputación es objetivo**, tal y como quedó diseñado en el nuevo sistema penal acusatorio, la privación de la libertad supone la intervención directa tanto de la Fiscalía como del Juez, por lo que es forzoso para la Sala concluir que ambas entidades de manera solidaria son responsables del daño antijurídico causado.

En relación al reconocimiento del perjuicio moral, se dará aplicación a la sentencia de unificación emitida por el Consejo de Estado⁶ en donde se establecen nuevos parámetros y topes para el reconocimiento y liquidación del perjuicio moral.

Por otra, parte, en relación con el daño por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, se dispondrá una medida no pecuniaria, por lo que se ordenará a la Rama Judicial y a la Fiscalía General Nación que procedan a reconocer públicamente su responsabilidad por la privación injusta de la libertad de Jorge Enrique García Moreno, reconocimiento que debe contener la respectiva disculpa dirigida a cada uno de los demandantes quienes sufrieron por la afectación al buen nombre de la víctima directa, lo anterior debe efectuarse a través de medios de comunicación de amplia circulación nacional; y dentro del término de dos meses, contados a partir de la ejecutoria de este fallo.

Y por último, frente al lucro cesante se debe advertir que las presunciones para la liquidación del perjuicio material de lucro cesante, en los casos de privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado ha indicado que si bien venía reconociendo lucro cesante aplicando indistintas presunciones de orden interpretativo, lo cierto es que para un adecuado ejercicio de la labor de impartir justicia, lo mejor era soslayar el uso de presunciones de orden jurisprudencial que llevaban reconociendo y emitir condenas o decidir con sustento en hechos o supuestos efectivamente probados para garantizar de manera efectiva y eficaz el principio de congruencia de las sentencias.

De esta manera, a partir de los testimonios rendidos en el proceso, se logró inferir que Jorge Enrique García Moreno, al momento de la detención ejercía labores de agricultor y ganadería, lo anterior, guarda relación con la información contenida en el formato de arraigo, en el que se consignó que su ocupación u oficio era agricultor, por tanto, con esta prueba se pudo acreditar que la víctima directa desarrollaba una actividad lícita. Sin embargo, no se allegó prueba suficiente del monto al que ascendían sus ingresos; por lo tanto, el lucro cesante se liquidará con base en el salario mínimo legal vigente para este

⁶ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera; Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, Bogotá D. C., Veintinueve (29) De Noviembre De Dos Mil Veintiuno (2021), Radicación Número: 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681)

momento, sin ningún tipo de incremento por concepto de prestaciones sociales comoquiera que se trataba de una actividad independiente y no acreditó vinculación laboral.

4. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

4.1 Fundamento normativo de la responsabilidad del Estado.

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, se estableció como cláusula general de responsabilidad del Estado, los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión de las autoridades públicas, por ende, para concluir la responsabilidad se requiere la concurrencia de varios elementos configurativos a saber:

4.1.1 El daño Antijurídico, considerado como aquel menoscabo o detrimento que sufre una persona y que puede ser patrimonial o extrapatrimonial; sin embargo, para que genere responsabilidad debe ser cierto, personal y antijurídico. Es cierto, cuando efectivamente ocurre, de tal suerte que el hipotético no puede ser indemnizado; personal, en la medida que solo el afectado está legitimado para reclamarlo; y antijurídico, cuando la víctima no tenga el deber jurídico de soportarlo⁷, concepto que, por lo demás, se encuadra dentro de los principios constitucionales de solidaridad (Art. 1º), igualdad (Art. 13) y garantía integral del patrimonio de los ciudadanos (Arts.2º y 58).

4.1.2 La imputación, entendida como aquel elemento de la responsabilidad a través del cual se le atribuye fáctica y jurídicamente el daño antijurídico a una autoridad del Estado.

En ese sentido, podemos indicar que la *imputación fáctica* corresponde desde el punto de vista de los hechos dañosos causados a un sujeto determinado, al estudio del nexo causal, no obstante, es de aclarar que no toda acción o hecho es de interés para el derecho, puesto que solo aquellos que generen un daño antijurídico deben ser estudiados. De igual manera, la imputación fáctica puede analizarse desde la omisión del Estado, evento en el cual estaremos ante criterios objetivos acudiéndose a valoraciones jurídico – normativas, en las que se constituyan, derechos, libertades o mínimamente se creen intereses para los administrados.

Por otro lado, la *imputación jurídica*, corresponde a los dos regímenes de imputación establecidos por la jurisprudencia: i) el *subjetivo*, por la falta o la falla en el servicio, correspondiente a aquellos eventos en que se evidencia que la conducta desplegada por el órgano estatal se enmarca en una actuación tardía, errada u omisiva que genera en los usuarios receptores del servicio una inconformidad e insatisfacción que se ve reflejada en daños antijurídicos susceptibles de ser reparados, es decir, que la anomalía en el funcionamiento y/o las actividades desplegadas por la Administración se materializa en la trasgresión de las obligaciones que le son propias; ii) el *objetivo*, corresponde a aquel título de imputación donde no media la culpa o la falla en el servicio, pero es posible determinar la responsabilidad bajo el análisis de regímenes, como el daño especial o el riesgo excepcional.

El daño especial tiene lugar para aquellos eventos cuando el Estado en el ejercicio de sus funciones y obrando dentro de su competencia y ceñido a la ley, produce con su actuación perjuicios a los administrados que son especiales y anormales en el sentido que implican

⁷ Sobre el daño antijurídico el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C. P.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN, en sentencia del 26 de mayo 2011, radicación N°: 19001-23-31-000-1998-03400-01 (20097), expuso su concepto acogiendo los términos siguientes: “El concepto del daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”.

una carga o sacrificio adicional al que los coasociados normalmente deben soportar por el hecho de vivir en sociedad, y cuando el equilibrio se rompe perdiéndose así el principio de igualdad por el obrar legítimo de la administración, es necesario restablecer el equilibrio a través de la indemnización de los perjuicios ocasionados.

Por su parte el riesgo excepcional, se configura cuando la administración en desarrollo de una obra o actividad de servicio público, emplea recursos o medios que colocan a los administrados o a sus bienes en una situación de riesgo⁸, que dada su gravedad excede las cargas que normalmente deben soportar los ciudadanos y al materializarse el riesgo, se produce un daño indemnizable.

Por ende, corresponde al Juez analizar los hechos de cada caso concreto y determinar el régimen de responsabilidad aplicable, para resolver el asunto sometido a su consideración de acuerdo con los elementos probatorios allegados, entonces, aunque el demandante haya encuadrado el litigio en un título de imputación disímil, es posible en acciones de reparación directa que el juez en aplicación al principio de *iura novit curia*, establezca el título de imputación.

Así mismo, independientemente del régimen o título de imputación, la entidad demandada puede exonerarse de responsabilidad, acreditando una causal eximente, como la fuerza mayor, el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, o cualquier causa extraña que enerve las pretensiones de la demanda.

5. De la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad.

El alcance de la modalidad de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, ha sido un tema tratado de forma activa en la jurisprudencia del Consejo de Estado, determinando que su configuración opera cuando la persona que padece la detención es absuelta de responsabilidad penal, ya sea porque el hecho investigado no existió, o porque éste no era constitutivo de delito, o no fue posible demostrar su autoría o participación en la conducta punible, o, porque se demostró plenamente su inocencia, o, bien sea por el principio de *in dubio pro reo*, o por preclusión de la investigación al demostrar alguna causal de exoneración de responsabilidad penal. Bajo esta premisa, “*el elemento determinante, del carácter justo o injusto de la privación de la libertad, tiene soporte en si quien la padeció es culpable o inocente*”⁹, es decir, si tenía el deber jurídico de soportarla, o si, por el contrario, el Estado le impuso una carga que afectó sus derechos fundamentales sin tener como respaldo fundamentos fácticos y jurídicos de la responsabilidad penal.

Frente a este tópico, con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, específicamente en el artículo 68, se estableció que el carácter injusto de la privación de la libertad surge como “*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*”¹⁰. Al respecto, frente a la determinación de los casos en donde se presenta privación injusta, el Consejo de Estado puntualizó que la interpretación y aplicación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 no podía constituir una restricción al contenido del artículo 90 de la Constitución Política, por el contrario, debía ser considerado como un complemento dentro del sistema normativo de responsabilidad estatal¹¹.

⁸ Clasificadas por la jurisprudencia como actividades relacionadas con la conducción de redes de energía eléctrica, manejo y transporte de explosivos, uso de armas de fuego y conducción de vehículos automotores.

⁹ Orejuela Pérez, Ervin Marino. Responsabilidad civil extracontractual del Estado por privación legal e injusta de la libertad. En: Justicia Juris. Vol. 6. N° 12. octubre de 2009 – marzo de 2010, pág. 79 – 91. ISSN. 1692-8571.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)

De acuerdo a la evolución jurisprudencial sobre la materia, encontramos que a través de la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013¹², la Sección Tercera del Consejo de Estado, concluyó la existencia de una regla general de responsabilidad objetiva cuando en el proceso penal en que ha tenido origen la detención, se ha determinado que i) el hecho no existió, ii) el sindicado no lo cometió, iii) la conducta no constituía hecho punible, o iv) por la aplicación del principio *in dubio pro reo*; presupuesto que opera siempre y cuando – en las cuatro situaciones mencionadas – no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues en tal evento hay lugar a aplicar un régimen subjetivo. Así mismo, si la libertad se decretó por una razón distinta, el escenario se enmarca en un régimen subjetivo de responsabilidad estatal.

En ese mismo sentido, en sentencia del 14 de julio de 2016¹³, el Consejo de Estado manifestó que la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad deriva de todos los eventos en los cuales el procesado privado de la libertad es absuelto o se precluye la investigación a su favor y, cuando en el proceso se determine que: i) el hecho no existió; ii) el sindicado no lo cometió y/o iii) la conducta es atípica, siempre y cuando no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional en cuyo caso podrá aplicarse un régimen subjetivo de responsabilidad.

De otra parte, la Corte Constitucional a través de sentencia SU-072 de 2018¹⁴, en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, reiteró lo manifestado por esa Alta Corte en sentencia C-037 de 1996, respecto de que, 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, entonces, independiente del título de imputación, el juez administrativo debe estudiar si la privación es injusta o no, haciéndose indispensable que el estudio se enmarque en la determinación de si la medida que privó de la libertad al acusado fue razonable, proporcional y legal, y en esos términos preciso:

“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6o, 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 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”. (subrayas fuera de texto)

A su vez, también señaló que estaba de acuerdo con el régimen objetivo para los casos de i) el hecho no existió y que ii) la conducta era objetivamente atípica; debido a que la decisión de privar requiere de la acreditación de estos presupuestos, dado que es

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección «A». Sentencia del 14 de julio de 2016. Consejera Ponente Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación: 66001-23-31-000-2010-00149-01 (42476). En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 17 de octubre de 2013. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación: 52001-23-31-000-1996-07459-01 (23354).

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, Mag. Ponente José Fernando Reyes Cuartas.

necesario que el juez penal para imponer una medida de aseguramiento evidencie la existencia del hecho y que éste sea típico, por lo que en ambos eventos consideró que la privación de la libertad resultaría irrazonable y desproporcionada, por lo que el daño antijurídico se muestra sin mayores esfuerzos. Sin embargo, no concluyó lo mismo en los eventos en que el iii) investigado no cometió el delito y iv) la aplicación del *in dubio pro reo*, pues en estas dos causales la Corte considera que los fiscales y jueces deben efectuar mayores disquisiciones para vincular al imputado con la conducta punible y presentarlo como autor de la misma.

Entonces, se puede concluir que la Corte Constitucional en unificación, establece que, en eventos de privación injusta de la libertad, no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo y objetivo, por lo que cualquiera que sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada.

Luego, la Sección Tercera del Consejo de Estado rectificó su postura a través de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018¹⁵, en la cual explicó detenidamente las razones para apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora había sostenido el órgano de cierre, indicando lo siguiente:

“En ese sentido, la Sala considera pertinente apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora ha sostenido en torno al tema, máxime que al amparo de ella no sólo se vienen produciendo condenas cuando el hecho no existió, o no constituyó delito, o la persona privada de la libertad no lo cometió, sino que también se ha condenado en todos los demás eventos en los que se dispuso la detención preventiva, pero el proceso penal no culminó con una condena, exceptuando, eso sí, los casos en los que se ha observado que el daño alegado fue causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima.

En otras palabras, bajo la óptica de la actual posición jurisprudencial, basta que haya una privación de la libertad y que el proceso penal no culmine en condena, cualquiera que sea la razón, para que quien la sufre se haga merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se haya ajustado a derecho y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270 de 1996, esto es, sin importar que el daño producto de ella (la privación de la libertad) sea antijurídico o no (se parte de la base de que ella es per se antijurídica) y casi que sin reparar en si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición.

En esa medida, comoquiera que, en criterio de esta Sala, la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, 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

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño”.

De ahí que dicha Corporación señaló de forma unificada que para determinar si la privación de la libertad de un procesado fue injusta, debía analizarse las pruebas que fundamentan las pretensiones del demandante, incluso de oficio, deberá efectuarse un minucioso examen probatorio para determinar la antijuridicidad del daño, por ello concluyó:

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

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.”

En ese sentido, a partir de esta tesis jurisprudencial debía analizarse la antijuridicidad del daño a través del estudio de la conducta de la víctima – detenido -, con el fin de determinar si se configura alguna conducta culposa o dolosa que generó la restricción de la libertad a través de la imposición de la medida de aseguramiento, o si por el contrario, no se evidencia situación alguna de reproche en la conducta del detenido lo que generaría una medida injusta y generadora de un daño antijurídico imputable al Estado.

De esta manera, la tesis jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado concluía que si la conducta de la víctima fue determinante en la privación de la libertad, es decir, existió un vínculo causal (entendido desde la perspectiva de la causalidad adecuada) entre la medida y los perjuicios cuya indemnización se reclama no es viable la declaratoria de responsabilidad del Estado, pues la causa eficiente, directa y adecuada no fue la actuación de la administración sino la conducta del privado de la libertad, y no resulta entonces viable sacar provecho o ventaja de su propia culpa.

Dicha premisa entonces exigía al operador judicial demostrar para estos eventos que el daño (detención) *“cuya reparación se persigue en estos casos y en el que, por supuesto, se fincan las pretensiones de la respectiva acción jurisdiccional, resultó antijurídico, consultando entre otros criterios los estándares convencionales, constitucionales y/o*

legales que admiten excepcionalmente la restricción a la libertad personal. De así acreditarse, se entenderá configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo contrario, esto es, de no lograrse tal demostración, se estará frente a un daño jurídicamente permitido y, por tanto, desprovisto de antijuridicidad, lo cual impide hablar, bajo el artículo 90 constitucional y el artículo 68 de la ley 270 de 1996, de privación injusta de la libertad.”¹⁶

Finalmente, esta postura jurisprudencial fue reiterada en la sentencia de unificación emitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, calendada el 18 de julio de 2019¹⁷, en la cual determinó los parámetros indemnizatorios del perjuicio material en materia de privación injusta de la libertad, e indicó sobre el título de imputación lo siguiente:

“La Sala indicó que, para tal fin, se torna imprescindible para el juez verificar, en primer lugar, si quien fue privado de la libertad incidió en la generación el daño alegado, por haber actuado con culpa grave o dolo, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, 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.

(...)

De no hallarse en el proceso ningún elemento que indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, se debe realizar el análisis de responsabilidad a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, bajo el título de imputación pertinente al caso concreto y se debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.”

Sin embargo, debe advertirse que la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018¹⁸, fue debatida en sede de tutela a través de providencia de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, calendada el 15 de noviembre de 2019¹⁹, **si bien dejó sin efectos la sentencia de unificación** (15 de agosto de 2018), esa decisión atendió a particularidades específicas del caso, limitando su análisis a que *“La Sala amparará el derecho al debido proceso, particularmente en lo referente a la presunción de inocencia, dejará sin efectos la sentencia del 15 de agosto de 2018 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado (exp. 46947) y dispondrá que en la sentencia de reemplazo se valore la culpa de la víctima sin violar su presunción de inocencia; y por las razones explicadas al determinar el problema jurídico, se resalta que este fallo no tiene ninguna incidencia en la forma en que el juez natural del caso decida operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado.”²⁰*; lo que permite concluir que **desapareció formalmente** el criterio de unificación plasmado en la sentencia del 15 de agosto de 2018 con ponencia del Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera.

A pesar de lo anterior, en criterio de esta Sala, ello, no impide que frente al caso concreto se analice el comportamiento de la víctima de la privación de la libertad de cara al dolo y la culpa, como se hizo en aquella sentencia, pues al analizar en su integridad la sentencia de tutela, es posible inferir que este criterio no desconoció que el juez administrativo pudiera determinar la responsabilidad del Estado y así concluir si fue justa o injusta la

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

¹⁷ Consejo de Estado, Sala Plena, Sección Tercera, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicado. 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572)

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Magistrado Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, calendada el 15 de noviembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01, accionante: Martha Lucía Ríos Cortés y otros, contra Consejo de Estado, Sección Tercera.

²⁰ Aparte extraído de la conclusión de la sentencia antes resaltada. calendada el 15 de noviembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01

privación, desde el estudio de la conducta del detenido desde la óptica de lo civil, pues precisamente el análisis de responsabilidad debe surgir de los elementos propios contenidos en artículo 90 de la Constitución Política y 68 de la Ley 270 de 1996, partiendo de identificar la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente demostrar que no hubo condena en el proceso penal, y de acreditarse este aspecto, se entendería configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo contrario, se estaría frente a un daño jurídicamente permitido.

Entonces, lo que debemos entender, con la sentencia de tutela, es que dicho análisis sobre la antijuridicidad del daño no debe vulnerar la presunción de inocencia del acusado que reclama en vía administrativa la indemnización del presunto daño por su detención en una investigación penal.

Ahora bien, recientemente la Sección Tercera del Consejo Estado dio cumplimiento a la tutela y profirió en reemplazo de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018²¹, antes anunciada, la sentencia del 6 de agosto de 2020²², a través de la cual no se impuso criterios de unificación, pero se concluyó con base en las posturas de la Corte Constitucional contenidas en las sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 que *“el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del 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.”*

Así mismo, planteó que el *“daño es el primer elemento que debe acreditarse en el análisis de imputación, por cuanto constituye la causa de la reparación; no obstante, pese a su existencia, es posible que no haya lugar a declarar la responsabilidad estatal, en las hipótesis en que “existe pero no se puede atribuir al demandado (...), el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre.”*

Conforme a lo anterior, y al dar una lectura integral a la providencia antes anunciada, que reemplazo la dejada sin efectos, es posible concluir que la Sección Tercera del Consejo de Estado mantiene un criterio conceptual respecto de la responsabilidad en materia de privación injusta de la libertad, consistente en que el carácter injusto debe analizarse desde el estándar de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida privativa de la libertad, lo que en cada caso deberá ser objeto de análisis; postura que se ha replicado con posterioridad en varias decisiones que han sido proferidas por el Consejo de Estado²³:

“19. Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 estima que la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: 1. En primer lugar, se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; 2. En segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

²² Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado Ponente: José Roberto Sáchica Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, radicado No. 66001-23-31-000-2011-00235-01 (46.947), actor: Martha Lucía Ríos Cortes y otros.

²³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 19001-23-31-000-2008-00436-01(50944), Actor: RICARDO ALFONSO ARZUAGA SALAZAR Y OTROS; Radicación número: 08001-23-31-000-2005-02812-01(47386) Actor: JORGE ENRIQUE ESCAFF CUSSE Y OTROS

una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; 3. En tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial). 4. En cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; 5. Por último, en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; 6. Finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.”

La Corte Constitucional en sentencia T-045/21 del 25 de febrero de 2021, MP: José Fernando Reyes Cuartas, se pronunció sobre la responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad, donde indicó:

*“(…) La Corte Constitucional y el Consejo de Estado exigen, como primer requisito para declarar la responsabilidad por privación injusta de la libertad, la demostración del daño antijurídico. En efecto, **la privación de la libertad dentro de un proceso penal que termina con una sentencia absolutoria no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, pues se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable** a la administración. Así, el daño es antijurídico cuando la orden de restricción devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.”* (Negrilla y subraya fuera del texto original)

A su vez, en reciente pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de fecha 19 de noviembre de 2021, proferida dentro del proceso con radicación: 18001-23-31-000-2009-00129-01(50697), CP: Martín Bermúdez Muñoz, donde reiteró que la medida de aseguramiento debía estar debidamente justificada, exponiendo su necesidad de imponer la medida y acreditándose que cumplió con los requisitos, por tratarse de un instrumento que restringe el derecho fundamental a la libertad, para lo cual precisó:

“(…) PROCEDENCIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / REQUISITOS DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Incumplimiento

En vigencia de la Ley 600 de 2000, momento en el que se dispuso detener a la víctima directa del daño, los requisitos legales que debían cumplirse para adoptar tal medida estaban previstos en sus artículos 355, 356 y 357, y eran los siguientes: La procedencia de la medida según el tipo de delito imputado (art. 357). La existencia de <<por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso>> (art. 356). La existencia de medios de prueba que permitieran deducir que la medida era necesaria <<para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria>> (art 355). En este caso no se cumplieron dichos requisitos.

FUENTE FORMAL: LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 355 / LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 356 / LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 357

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO – Debe exponerse la necesidad

Al momento de dictar la medida de aseguramiento la Fiscalía debía exponer las razones por las cuales se encontraban cumplidos los propósitos legales de la detención preventiva, lo cual no se hizo. El análisis de este aspecto es lo que le permite al juez administrativo determinar si la detención de la víctima directa del daño fue una determinación no solo legal sino adecuada, proporcional y razonable. No se trata de saber simplemente si existían indicios de responsabilidad que pudieran justificar la imposición de una sanción en su contra: **se trata de determinar si existían razones que justificaran mantenerlo privado de la libertad durante el proceso.** En la providencia en la que se dispuso la detención preventiva del demandante (...) era necesario determinar si la medida se justificaba en los términos antes indicados. Sin embargo, en la Resolución del 13 de abril de 2004 la Fiscalía únicamente hizo referencia a los medios de pruebas que valoró para imponer la medida de aseguramiento, pero no expuso ninguna consideración, general ni particular, sobre su necesidad. (...)" (Negrilla y subraya fuera del texto original)

De otra parte, el Consejo de Estado, unificó jurisprudencia frente al reconocimiento de los perjuicios morales, así:

"(...) R.- Las reglas de unificación

65.- Con fundamento en lo anterior, la Sala adoptará las siguientes reglas de unificación para el reconocimiento y cuantificación de perjuicios en casos de responsabilidad del Estado por privación de la libertad:

65.1.- En relación con la víctima directa de la detención, tanto si se trata de detención en establecimiento carcelario, como si se trata de detención domiciliaria, la sola prueba de la privación de la libertad constituye presunción de perjuicio moral para ella.

65.2.- En relación con los parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente, la prueba de tales calidades constituye presunción del perjuicio moral para ellos.

65.3.- Las presunciones establecidas en las dos reglas anteriores podrán desvirtuarse por la parte demandada.

65.4.- En relación con las demás víctimas indirectas, la prueba del parentesco no es una presunción del perjuicio moral. En tales casos, el juez determinará si el demandante cumplió la carga de acreditar la existencia del perjuicio moral derivado de la existencia de una relación estrecha con el detenido, de la cual pueda inferirse la existencia de un perjuicio moral indemnizable.

65.5.- Los topes máximos de indemnización se establecen de la siguiente forma para la víctima directa:

a.- Si la privación de la libertad tiene una duración **igual o inferior a un mes**, una suma fija equivalente a **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

b.- Si la privación de la libertad tiene una duración **superior a un mes**:

- **Por cada mes** adicional transcurrido, sin importar el número de días que tenga el mes, **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

- Por cada día adicional al último mes transcurrido, una fracción equivalente a **0,166 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, la cual se obtiene de dividir **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)** por **30 días**.

- La cuantía se incrementará hasta **cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 SMLMV)**, indemnización que recibirá la víctima directa cuando esté detenida por **20 meses o más tiempo**, con el objeto de mantener el tope máximo jurisprudencial, de acuerdo con la jurisprudencia antes indicada.

- De conformidad con los anteriores parámetros, los topes de indemnización de perjuicios morales para la víctima directa son los siguientes:

| Duración de la privación | Víctima directa en SMLMV |
|---------------------------------|---------------------------------|
| Entre un día y un mes | Suma fija de 5 SMLMV |
| Hasta 2 meses | Hasta 10 SMLMV |
| Hasta 3 meses | Hasta 15 SMLMV |
| Hasta 4 meses | Hasta 20 SMLMV |
| Hasta 5 meses | Hasta 25 SMLMV |
| Hasta 6 meses | Hasta 30 SMLMV |
| Hasta 7 meses | Hasta 35 SMLMV |
| Hasta 8 meses | Hasta 40 SMLMV |
| Hasta 9 meses | Hasta 45 SMLMV |
| Hasta 10 meses | Hasta 50 SMLMV |
| Hasta 11 meses | Hasta 55 SMLMV |
| Hasta 12 meses | Hasta 60 SMLMV |
| Hasta 13 meses | Hasta 65 SMLMV |
| Hasta 14 meses | Hasta 70 SMLMV |
| Hasta 15 meses | Hasta 75 SMLMV |
| Hasta 16 meses | Hasta 80 SMLMV |
| Hasta 17 meses | Hasta 85 SMLMV |
| Hasta 18 meses | Hasta 90 SMLMV |
| Hasta 19 meses | Hasta 95 SMLMV |
| 20 meses o más | Hasta 100 SMLMV |

- En consecuencia, la fórmula para determinar la cuantía de los perjuicios morales de la víctima directa es:

$PM = (\text{número de meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (\text{fracción adicional de días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$

- En casos de **detención domiciliaria**, la cuantía de los perjuicios morales sufridos por la víctima directa se disminuirá en un **50%**.

65.6.- Para las víctimas indirectas, los topes máximos de indemnización se determinan a partir del monto reconocido a la víctima directa, de la siguiente manera:

a.- A los **parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente, el cincuenta por ciento (50%)** de lo que le corresponda a la víctima directa.

b.- A los **demás demandantes**, cuando acrediten los perjuicios morales, el **treinta por ciento (30%)** de lo que le corresponda a la víctima directa.

65.7.- Para la determinación del monto final de la indemnización de las víctimas indirectas dentro de los topes máximos antes señalados, la cuantificación deberá estar fundamentada en las pruebas que obren en el expediente y ella deberá ser motivada según lo probado en cada caso.

65.8.- Se reitera lo señalado en las anteriores jurisprudencias de unificación en lo relativo a que todos los topes que aquí se establecen podrán ser superados cuando se acrediten circunstancias que evidencien una gravedad e intensidad excepcional en el perjuicio moral sufrido por el detenido o las víctimas indirectas de la detención, las cuales podrán estar relacionadas con la gravedad del delito por el cual el sindicado fue investigado o acusado y las circunstancias particulares afrontadas con ocasión de la detención. En estos eventos, la decisión y las razones que justifican tal determinación deberán motivarse detalladamente. Finalmente, se establece que en ningún caso la indemnización podrá superar los trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la víctima directa.

(...)

Los perjuicios morales sufridos por las víctimas indirectas

76.- Para demostrar los perjuicios morales sufridos por las víctimas indirectas, los demandantes: **(i)** allegaron los correspondientes registros civiles de nacimiento para acreditar su parentesco con los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo y **(ii)** solicitaron los testimonios de personas cercanas a las familias de los detenidos.

77.- En relación con la prueba de los perjuicios morales sufridos por los familiares de la demandante **Berenice Díaz Buitrago**, la Sala destaca que:

77.1.- Con la copia de los registros civiles que obran en el expediente está acreditado que los demandantes tienen los siguientes vínculos de parentesco con Berenice Díaz Buitrago:

Madre: Crisanta Buitrago de Díaz²⁴

²⁴ F. 22, c. 2.

Padre: Esteban Díaz Gutiérrez²⁵.

Hijos: Ferley Vargas Díaz y Daniel Vargas Díaz²⁶.

Hermanos: Orlando Díaz Buitrago, Ovidio Díaz Buitrago, Octavio Díaz Buitrago, Urbano Díaz Buitrago, Dídimo Díaz Buitrago, Albeiro Díaz Buitrago y Evelio Díaz Buitrago²⁷.

77.2.- La presunción de la existencia de perjuicios morales en relación con la madre, padre e hijos de **Berenice Díaz Buitrago** no fue desvirtuada con las pruebas obrantes en el expediente.

77.3.- En relación con la intensidad de los perjuicios sufridos por los demandantes Ferley Vargas Díaz y Daniel Vargas Díaz, hijos de la víctima directa, los testigos Gladis Yaneth Torres Buitrago, Jairo Ramírez Ducuara y Ana Rosa Lombo Bejarano señalaron que eran menores y convivían con ella cuando fue privada de la libertad, quedaron abandonados en <<manos de los vecinos>> y agregaron que la situación los afectó mucho porque ella era la <<cabeza del hogar>>. Estas circunstancias imponen decretar a su favor el tope máximo de indemnización, previsto en el 50% del perjuicio moral acordado para la víctima directa. Por lo tanto, se reconocerá a favor de cada uno de estos demandantes una reparación correspondiente a **15,75 salarios mínimos legales mensuales vigentes**.

77.4.- En relación con los padres de **Berenice Díaz Buitrago**, los testimonios recibidos hicieron referencia genérica al sufrimiento que la detención generó en toda su <<familia>>, por lo que el perjuicio en relación con ellos se cuantificará en el 40% del perjuicio moral acordado para la víctima directa, lo que equivale a **12,60 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno. (...)**²⁸

Conforme a lo anterior, las líneas jurisprudenciales actuales tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, permiten concluir que el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que luego termina con decisión de absolución, prescripción, o cualquier otro evento librándolo de la responsabilidad penal, en sí misma, no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta, es decir, para ello, deberá analizarse la metodología determinada por el Consejo de Estado para concluir la razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida impuesta, y en tal caso, sí constituye un daño antijurídico imputable a la administración, toda vez que “ a pesar de la existencia de un daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico y, en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo.²⁹”, a menos que se trate de casos en que el hecho no existió o la conducta es atípica, por operar allí la responsabilidad objetiva.

6. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES:

| HECHO | MEDIO PROBATORIO |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------|
| 1. El 14 de julio de 2009, se llevó a cabo audiencia preliminar de legalización incautación de elementos materiales, legalización de captura, formulación de | Documental: Acta de audiencia preliminar |

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Fls. 17, 18, c. 1.

²⁷ Fls. 20, 21, 23, 24, 25, 26 y 27, c. 2.

²⁸ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera; Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, Bogotá D. C., Veintinueve (29) De Noviembre De Dos Mil Veintiuno (2021), Radicación Número: 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681)

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 81001-23-31-000-2011-00067-01(52829)

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de Jorge Enrique García Moreno, por el delito de Rebelión, en la que el Juzgado Segundo Penal Municipal Con Funciones de Control de Garantías de Chaparral, impuso medida de detención domiciliaria. | (cuaderno principal – expediente digital) |
| 2. Jorge Enrique García Moreno, estuvo privado de su libertad del 14 de julio de 2009 al 6 de noviembre de 2009, en detención domiciliaria. | Documental.- Certificado de libertad del INPEC (cuaderno principal-expediente digital) Documental.- Acta audiencia preliminar del 12 de noviembre de 2009 (cuaderno principal – expediente digital) Documental. Boleta de libertad No. 030 (expediente digital) |
| 3. El 16 de julio de 2016, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Chaparral, profirió sentencia absolutoria, porque los procesados no desplegaron una conducta típica. | Documento: Sentencia absolutoria del 16 de julio de 2016 (cuaderno principal – expediente digital) |

7. CASO CONCRETO.

En ejercicio de la presente acción, la parte demandante pretende que las demandadas sean declaradas responsables de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados, como consecuencia de la privación de la libertad que se le impuso a Jorge Enrique García, el día 14 de octubre de 2009, dentro del proceso penal adelantado como autor del delito de rebelión.

Por su parte, el *a quo* negó las pretensiones de la demanda, al considerar que el Juez de Control de Garantías al momento de ordenar la medida de aseguramiento valoró a cabalidad los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida y aportada hasta ese momento por parte de la Fiscalía General de la Nación, las cuales permitían inferir que era autor del delito imputado; sin que se aprecie ninguna actuación irregular en la decisión judicial que limitó el derecho a la libertad del demandante.

Inconforme con esa decisión, la parte demandante sostuvo que en el proceso penal existió una total orfandad investigativa desde el inicio de la investigación por parte de la Fiscalía General de la Nación, lo cual conlleva a una falla en el servicio por omisión en su deber constitucional y legal investigativo, lo que acarreó un daño antijurídico para el actor, consistente en la privación injusta de su libertad por el periodo comprendido entre el 14 de julio de 2009 al 6 de noviembre de 2009, daño que le ocasionó perjuicios del orden material y moral.

Y Que contrario a lo indicado por el juez de instancia la medida de aseguramiento impuesta al demandante carecía de proporcionalidad y necesidad, pues, no existía elemento material probatorio suficiente, que permitiera inferir razonablemente que el imputado realmente pertenecía a la guerrilla, y solo reposaban acusaciones y señalamiento de terceros que manifestaban ese hecho, lo cual dio lugar a una deficiente investigación preliminar de la Fiscalía, que culminó con sentencia absolutoria.

La circunstancia anterior, exige a la Sala estudiar si existió o no la privación injusta de la libertad que se alega, bajo la metodología establecida por el Consejo de Estado, es decir, determinar i) la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; ii) se debe analizar la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; iii) y, solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial); iv) en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; v) en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; vi) en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.

7.1 El daño.

De acuerdo a ello, tal como se precisó, en el *sub-lite*, advierte la Sala que se encuentra demostrado el **daño alegado respecto de la detención o privación de la libertad**, toda vez que al demandante efectivamente se le restringió su libertad en razón al punible de Rebelión a título de autor, medida de aseguramiento impuesta por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Chaparral.

Esta conclusión deviene del análisis de las pruebas, especialmente del acta concentrada de legalización de la captura, formulación de imputación, e imposición de medida de aseguramiento celebrada del 14 de julio de 2009;³⁰ certificado de libertad del INPEC³¹ Audiencia preliminar de revocatoria de medida de aseguramiento³² y Boleta de libertad No. 023 del 6 de noviembre de 2009.³³

Lo anterior, permite a esta Corporación concluir que Jorge Enrique García estuvo privado de la libertad en detención domiciliaria, por lo que esta Sala puede determinar que la privación de la libertad - daño - se presentó del **14 de julio de 2009 al 6 de noviembre de 2009, es decir, 3 meses y 22 días.**

7.2. De la imputación.

En este punto, indica la Sala que armonizando las actuales posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional³⁴ y del Consejo de Estado³⁵, en cuanto al análisis de responsabilidad por los eventos de privación injusta de la libertad, partiendo propiamente de la antijuridicidad, puede concluirse que ésta se configura sin mayores exigencias cuando las causales de libertad se originan en que i) el hecho no existió y ii) la conducta era objetivamente atípica, en los que incluso se ha avalado el título de imputación de responsabilidad objetiva; y en los demás supuestos, relacionados con la absolución porque iii) no cometió el delito, iv) se dio aplicación del principio *in dubio pro reo*, y v) otros eventos de liberan la responsabilidad penal, la antijuridicidad queda supeditada al análisis de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, pues no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en estos

³⁰ Ver páginas 53-61 cuaderno principal- expediente digital

³¹ Ver página 42 cuaderno principal – expediente digital

³² Ver página 176-178 cuaderno 2.7 expediente penal - digital

³³ Ver página 179 cuaderno 2.7 expediente penal - digital

³⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas

³⁵ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 15 de agosto de 2018, radicado 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46947), y la sentencia Sección Tercera, Consejero Ponente José Roberto SÁCHICA Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, que reemplazo la sentencia antes anunciada, en cumplimiento de la sentencia de tutela (radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01).

eventos, sino que es imprescindible, determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Bajo ese panorama jurisprudencial, en principio, se debe analizar si se cumplen los presupuestos para la configuración de alguna causal que dé lugar a la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad; así las cosas, se evidencia que el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué, el 16 de julio de 2016, emitió sentencia absolutoria a favor de Jorge Enrique García Moreno y se concluyó, lo siguiente³⁶:

*“(..). No obstante lo dicho, vemos que la petición de la fiscalía, coadyuvada por la defensa en bloque, si encuentra eco, **ya que realmente ni siquiera se pudo demostrar por parte de la fiscalía que los procesados desplegaron conductas típicas, que se adecuaran claramente al delito de Rebelión.***

*Efectivamente, aquí podemos concluir que, si bien es cierto que los encartados, para la época de los hechos, desplegaron sendas conductas, naturalistamente entendidas, **también lo es que las mismas ni siquiera pueden catalogarse de típicas.***

En este caso, no podemos pregonar la existencia por parte de los encartados de conductas típicas, tal como lo reclaman los principios rectores del Código Penal. Sin este primer presupuesto dogmático no se puede inferir responsabilidad penal alguna, máximo que no solo basta con la aludida exigencia, sino que la misma debe satisfacer los demás presupuestos objetivos del tipo, también subjetivos, avanzar hacía la lesión o peligro del bien jurídicamente tutelado, y concluir en la culpabilidad como reproche, por tener la persona la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta o de determinarse conforme a ese entendimiento, pudiéndosele por ende exigir una conducta ajustada a derecho.

(...)

No se puede vislumbrar en momento alguno de la citada declaración, una conducta claramente típica por parte de los acusados, atentatoria del orden constitucional o legal vigente.

(...)

Realmente se observa orfandad probatoria en este proceso, y más de cargo, ya que recuérdese, la fiscalía es quien tiene el peso de la carga de la prueba incriminatoria, máxime si se tiene en cuenta que solamente se cuentan con informes de batalla de la autoridad militar, los cuales ni siquiera constituyen labores investigativas de policía judicial, ya que recuérdese, las fuerzas militares no tienen funciones de policía judicial.

*Y es más, en esta actuación, ni siquiera se ha hablado por parte de la fiscalía de entrevistas, he de ahí uno de los motivos por los cuales se rechazó su pretensión de prueba de referencia, sino de simples informe de batalla emanados de la Sexta Brigada del Ejército, concretamente del Batallón Caicedo de Chaparral (Tol), **por lo que realmente razón le asiste a todos los intervinientes en cuanto no se da cuenta en este proceso de una conducta típica desplegada por los acusados.(..)**”(negrilla fuera de texto)*

³⁶ Ver páginas 66-71 cuaderno principal – expediente digital

De lo transcrito, se puede inferir que en el proceso penal no se llegó al convencimiento de la ejecución de las conductas punibles imputadas, concluyendo el juez penal que ni siquiera se tuvo certeza de la **tipicidad de la conducta**, siendo la tipicidad un elemento fundamental para la configuración de la conducta punible, es decir, que el daño alegado por la parte actora se encuentra debidamente demostrado y de esta manera no tenía el deber jurídico de soportarlo; más aún, cuando conforme a lo planteado por la Corte Constitucional en Sentencia SU-072 de 2018, en los casos de privación injusta de la libertad en los que se presenten casuales como que el hecho no existió y que la conducta es atípica, es posible la aplicación del régimen objetivo, pues, la decisión de privar a alguien de la libertad al imponer medida de aseguramiento requiere de la acreditación de esos presupuestos, por lo que en este asunto el daño antijurídico resulta evidente.

Teniendo en cuenta lo anterior y los recientes pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, es preciso advertir que en este asunto se puede imputar responsabilidad al Estado bajo el régimen objetivo, pues, la conducta delictiva atribuida a Jorge Enrique García Moreno, llegó a ser atípica, sin que se probara su ejecución o realización; pues, en la sentencia absolutoria el juez penal funda su decisión al concluir de manera expresa que “(...) *ya que realmente ni siquiera se pudo demostrar por parte de la fiscalía que los procesados desplegaron conductas típicas, que se adecuaran claramente al delito de Rebelión*” y al analizar los elementos aportados al proceso penal ese mismo juez indicó: “*Y es más, en esta actuación, ni siquiera se ha hablado por parte de la fiscalía de entrevistas, he de ahí uno de los motivos por los cuales se rechazó su pretensión de prueba de referencia, sino de simples informe de batalla emanados de la Sexta Brigada del Ejército, concretamente del Batallón Caicedo de Chaparral (Tol), por lo que realmente razón le asiste a todos los intervinientes en cuanto no se da cuenta en este proceso de una conducta típica desplegada por los acusados*”.

En conclusión, para la Sala al encontrarse probada las causales establecidas para la configuración de la responsabilidad de la demandada bajo el régimen objetivo, se impone la necesidad de imputar el daño antijurídico al Estado.

Por tanto, se deberá revocar la sentencia apelada y se deberá declarar la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad que sufrió Jorge Enrique García Moreno.

7.3 Responsabilidad de las demandadas

Frente a la imputación del daño antijurídico a las entidades demandadas, se debe indicar que en este asunto la investigación penal que se llevó a cabo contra Jorge Enrique García Moreno, se tramitó por las **normas procedimentales de la Ley 906 de 2004**, por lo que las decisiones que involucren la privación de la libertad de las personas le corresponde a la Rama Judicial; sin embargo, esta actuación la realiza conforme a las pruebas que fueron aportadas por la Fiscalía General de la Nación, para este caso en particular, por parte de la Fiscalía 28 Seccional de Chaparral (Tolima).

Argumento que efectivamente comparte esta Corporación, pues si bien, en el sistema penal de la Ley 600 de 2000, el fiscal tenía un papel preponderante a lo largo del desarrollo procesal, comoquiera que en este sistema era el fiscal quien tomaba las decisiones de restringir la libertad personal en virtud de una medida de aseguramiento, valorando el material probatorio recaudado, es decir, no solo se dedicaba a investigar el hecho punible sino que también se encargaba de valorarlo, por lo que puede concluirse que el fiscal era quien tomaba las decisiones que afectaban derechos de carácter superior, sin previo control constitucional, y es hasta después de la calificación del mérito del sumario, que llegaba la figura del juez a tomar una determinación del caso; *contrario sensu*, al sistema penal acusatorio, en el que todas y cada una de las actuaciones del

fiscal deben ser sometidas a un control jurisdiccional, es decir, la valoración del material probatorio está en cabeza del juez ya sea el de control de garantías o el de conocimiento, dependiendo de la instancia procesal en la que se encuentre, pero aún el recaudo de las pruebas y la exposición de la teoría delictiva continúa en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, siendo una función indispensable en la toma de decisión de imposición de medida de aseguramiento.

En ese sentido, la separación de funciones de investigación y juzgamiento constituye uno de los principios más importantes del Sistema Acusatorio, a partir del cual incluso se suele definir como “...uno en donde aparecen diferenciadas claramente tres funciones en el proceso penal, la función de acusación que a su turno implica previa investigación, la función de defensa frente a la acusación ..., y finalmente, la función de juzgamiento que la hace un juez o un jurado de conciencia como ente imparcial”³⁷

Ahora bien, con relación a la medida de privación de la libertad en la Ley 906 de 2004, el artículo 308 *ejusdem*, establece que el Juez de Control de Garantías a solicitud de la Fiscalía verificará que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia, *contrario sensu*, a lo establecido en la ley 600 de 2000, pues allí taxativamente se enlistaban los delitos que requerían tal medida.

De otra parte, también el delegado fiscal puede hacer uso del artículo 332 el Título VI, de la Preclusión, de la Ley 906 de 2004, en donde se muestra las causales mediante las cuales el ente investigador podrá solicitar la preclusión del proceso y evitar que continúe el agotamiento de las demás instancias procesales, empero es de advertir, con la aquiescencia siempre del Juez al presentarse las causales que establece la norma.

De acuerdo a ello, puede evidenciarse que le corresponde al Fiscal, valorar a partir de su labor investigativa si cuenta con los elementos de prueba necesarios para conseguir que el Juez de Control de Garantías imponga la medida de aseguramiento o el Juez de Conocimiento la declaratoria de responsabilidad penal, pues de no contar con estos elementos, es el propio orden jurídico el que le impone la necesidad de solicitar la preclusión, no de otra manera se entiende que en el numeral 6 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 haya incluido la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

Entonces, el Fiscal en el sistema penal acusatorio es el único legitimado para solicitar la medida o formular la acusación y la del Juez de control de garantías para imponer la medida o el Juez de Conocimiento para declarar la responsabilidad, lo cual para efectos de la imputación en sede de responsabilidad administrativa tiene unos efectos importantes, pues en el proceso acusatorio penal, la intervención de la Fiscalía y del Juez de Control de Garantías como regla general, en la decisión de privar de libertad a un sujeto investigado se tornan indispensables y complementarias a tal punto, que puede afirmarse sin lugar a equívocos, que sin la intervención de uno de estos dos entes, no es posible que se decrete la medida de aseguramiento de detención preventiva o incluso la decisión condenatoria.

Es viable llegar a esa conclusión, al identificar que es obligación de la Fiscalía adelantar las investigaciones y averiguaciones necesarias para recolectar los elementos materiales de prueba que le permitan formular la acusación y de ser necesario solicitar la imposición de la medida de aseguramiento, sumado a que es deber del ente investigador desarrollar

³⁷ GRANADOS PEÑA, Jaime. “El Sistema Acusatorio en el Derecho Comparado y la nueva Fiscalía General en Colombia: Hacia una reinterpretación funcionalista”. En Programa de Capacitación OPDAT. Agosto de 1995.

su teoría del caso y demostrarla en un juicio oral y público, de forma que pueda desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al investigado a lo largo del proceso.

Además de ello, tenemos que el Juez en el sistema penal acusatorio tiene amplias restricciones probatorias a diferencia del sistema inquisitivo, de manera que sus decisiones están limitadas o restringidas al material probatorio que aporten las partes, para el caso que nos atañe la Fiscalía, de manera que la responsabilidad probatoria para la imposición de la medida de aseguramiento y la condena recae en la Fiscalía³⁸.

En la misma línea argumentativa, debe resaltarse que el Juez respecto de la medida de aseguramiento no tiene ninguna facultad oficiosa, es decir, nunca podrá dictar esta medida sin que previamente el Fiscal se la haya solicitado y fundamentado.

Entonces, si en desarrollo de un proceso penal regido por el sistema penal acusatorio, se priva de la libertad a un sujeto que posteriormente es absuelto, la Fiscalía deberá responder junto con la Rama Judicial por los daños padecidos, en la medida en que su intervención en la privación de la libertad es determinante, toda vez que a partir de los elementos probatorios por ella aportados se tomó la decisión de privar de la libertad cuando de imposición de medida de aseguramiento se trata, o en el evento de ser absuelto, significa que el ente investigador no logró desvirtuar la presunción de inocencia que acompaña al investigado durante todo el proceso, lo que para esta Sala compromete la responsabilidad de la Fiscalía.

Es decir que en este caso existe responsabilidad tanto de la Fiscalía como del Juez frente al daño antijurídico causado.

Ahora, no puede olvidarse que frente al título de imputación de privación injusta de la libertad, nos encontramos frente a una responsabilidad de carácter objetiva, donde lo determinante es la antijuricidad del daño y no la imputación de responsabilidad, lo que amerita un juicio de valor sobre la conducta realizar por la Fiscalía o por la Rama Judicial, sin embargo, **como el régimen de imputación es objetivo**, tal y como quedó diseñado en el nuevo sistema penal acusatorio, la privación de la libertad supone la intervención directa tanto de la Fiscalía como del Juez, por lo que es forzoso para la Sala concluir que ambas entidades de manera solidaria son responsables del daño antijurídico causado.

Por último debe la Sala señalar, que interviniendo tanto la Fiscalía como la Rama Judicial en los hechos generadores del daño antijurídico y siguiendo la postura del Consejo de Estado a partir de la aplicación del artículo 2344 del Código Civil la responsabilidad es solidaria entre estas dos entidades, lo cual significa que el demandante tiene la facultad, a su elección, de hacer exigible la obligación indemnizatoria emanada de una condena judicial, a cualquiera, a varias, o a todas las personas que hubieren participado en la producción del hecho dañoso. Dicho de otro modo, el responsable solidario tiene la obligación de resarcir la totalidad de lo reclamado pese a que existan también otros deudores.

Así las cosas, tanto la Fiscalía General de la Nación como la Rama Judicial, son las autoridades llamadas a reparar el daño causado a la parte demandante como consecuencia de la privación injusta de la libertad a la que fue sometido Jorge Enrique García Moreno.

7.4 INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

³⁸ Sentencia C-396-2007: "En efecto, entre los instrumentos diseñados en la Ley 906 de 2004 para garantizar la imparcialidad objetiva del juez se encuentran los siguientes: i) el funcionario que instruye no juzga, ii) la pérdida de la iniciativa probatoria del juez, pues se entiende como un tercero imparcial que busca la justicia material y, **iii) la carga de la prueba de la responsabilidad penal corresponde a la Fiscalía.** Nótese que estos tres instrumentos para garantizar la neutralidad del juez están referidos al manejo de la prueba en el sistema penal acusatorio" (Negrilla fuera de texto)³⁸

7.4.1 PERJUICIO MORAL

La parte demandante, solicitó el reconocimiento de perjuicios morales.

Al respecto, se debe advertir que el Consejo de Estado unificó jurisprudencia frente al reconocimiento de perjuicios morales, así:

(....) .- El alcance general de la unificación que se adopta en esta sentencia

30.- *Las decisiones que se adoptarán están dirigidas, de una parte, a precisar que los perjuicios morales pueden inferirse, para la víctima directa, de la prueba de la privación de la libertad; y para su cónyuge o compañero (a) permanente, así como para sus parientes hasta el primer grado de consanguinidad, con la prueba de tal condición. La presunción jurisprudencial de perjuicios morales solo se refiere a dichas víctimas. En relación con las demás víctimas indirectas, aunque la prueba del parentesco puede ser apreciada en cada caso concreto como indicio de la existencia de relaciones estrechas con el detenido, se concluye que dicha prueba no es suficiente para demostrar la existencia de perjuicios morales indemnizables; en este caso, los perjuicios morales deben ser acreditados por la parte demandante con otros medios de prueba. Por último, se reitera que las presunciones jurisprudenciales admiten prueba en contrario. (...)*

39.- *En relación con la prueba del perjuicio moral para la (el) cónyuge o compañera (o) permanente de la víctima directa y sus parientes hasta el primer grado de consanguinidad, la Sala considera que respecto de ellos también puede inferirse la existencia del perjuicio moral con la sola prueba de su parentesco o relación con la víctima directa. En relación con los demás parientes de la víctima directa, la prueba del parentesco no es un indicio suficiente para acreditar los perjuicios morales*

41.- *Para la Sala, la inferencia en relación con las consecuencias que se derivan de la privación de la libertad del padre, hijo, cónyuge o compañero (a) permanente, es distinta a la que puede deducirse para los demás parientes de la víctima directa. Los efectos son distintos para quienes, por regla general, conviven con quien ha sido privado de la libertad o tienen respecto del mismo una relación necesaria de permanente contacto. La generalización o regla de experiencia que se adopta como fundamento de la deducción de los perjuicios morales para los primeros se sustenta en que son estos quienes ordinariamente mantienen entre ellos, durante toda la vida, relaciones estrechas y permanentes de apoyo afecto y solidaridad. Esa regla no se extiende a todos los parientes del detenido, porque la característica común del grupo de personas incluido dentro de la generalización se presenta usualmente solo respecto de ellas.*

42.- *Por lo tanto, en relación con los parientes que no se encuentren en el primer grado de consanguinidad y de los demandantes distintos del cónyuge o compañero (a) permanente, la prueba de la relación de parentesco no puede considerarse como un indicio suficiente del cual deba inferirse la existencia de una relación estrecha con la persona privada de la libertad. Este medio de prueba no es suficiente para demostrar el perjuicio moral y le corresponde al juez confrontarlo con los demás allegados al proceso, para determinar si, de su análisis en conjunto, puede inferirse la existencia de perjuicios morales derivados de la detención de la víctima directa.*

43.- *En relación con los parientes que no se encuentren en el primer grado de consanguinidad, o distintos del cónyuge o compañero (a) permanente, debe*

considerarse que solo tienen derecho a la indemnización quienes acrediten que han sufrido un perjuicio moral particular y grave (que es el que puede calificarse de antijurídico) como consecuencia de la privación de la libertad de otra persona.

(...)

P.- Los topes máximos de indemnización

44.- Si bien la tabla establecida en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 considera el tiempo de detención como criterio para determinar la cuantía de los perjuicios morales, presenta las siguientes dificultades: **(i)** no precisa si los montos establecidos en la tabla corresponden a rangos o topes de indemnización y **(ii)** no establece una indemnización progresiva, en función del tiempo de detención, dado que prevé una mayor cuantía para el primer período establecido en la tabla (detenciones con una duración igual o inferior a un mes), que decrece en los periodos posteriores, lo que arroja resultados que no resultan proporcionales.

45.- Para superar estos problemas, la Sala adoptará los siguientes topes para cuantificar los perjuicios morales de la víctima directa: (...)

45.1.- Si la privación de la libertad tiene una duración **igual o inferior a un mes**, una suma fija equivalente a **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

45.2.- Si la privación de la libertad tiene una duración **superior a un mes**:

a.- **Por cada mes** adicional transcurrido, sin importar el número de días que tenga el mes, **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

b.- Por cada día adicional al último mes transcurrido, una fracción equivalente a **0,166 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, la cual se obtiene de dividir **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)** por **30 días**.

c.- La cuantía se incrementará hasta **cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 SMLMV)**, indemnización que recibirá la víctima directa cuando esté detenida por **20 meses o más tiempo**, con el objeto de mantener el tope máximo jurisprudencial, de acuerdo con la jurisprudencia antes indicada.

d.- De conformidad con los anteriores parámetros, los topes de indemnización de perjuicios morales para la víctima directa son los siguientes:

| Duración de la privación | Víctima directa en SMLMV |
|---------------------------------|---------------------------------|
| Entre un día y un mes | Suma fija de 5 SMLMV |
| Hasta 2 meses | Hasta 10 SMLMV |
| Hasta 3 meses | Hasta 15 SMLMV |
| Hasta 4 meses | Hasta 20 SMLMV |
| Hasta 5 meses | Hasta 25 SMLMV |
| Hasta 6 meses | Hasta 30 SMLMV |

| | |
|-----------------------|-----------------|
| Hasta 7 meses | Hasta 35 SMLMV |
| Hasta 8 meses | Hasta 40 SMLMV |
| Hasta 9 meses | Hasta 45 SMLMV |
| Hasta 10 meses | Hasta 50 SMLMV |
| Hasta 11 meses | Hasta 55 SMLMV |
| Hasta 12 meses | Hasta 60 SMLMV |
| Hasta 13 meses | Hasta 65 SMLMV |
| Hasta 14 meses | Hasta 70 SMLMV |
| Hasta 15 meses | Hasta 75 SMLMV |
| Hasta 16 meses | Hasta 80 SMLMV |
| Hasta 17 meses | Hasta 85 SMLMV |
| Hasta 18 meses | Hasta 90 SMLMV |
| Hasta 19 meses | Hasta 95 SMLMV |
| 20 meses o más | Hasta 100 SMLMV |

e.- Y la fórmula para determinar la cuantía de los perjuicios morales de la víctima directa es:

$$PM = (\text{número de meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (\text{fracción adicional de días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

f.- El tope de indemnización de perjuicios morales de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la víctima directa solamente podrá ser superado en casos excepcionales, evento en el cual deberá motivarse detalladamente esta decisión y las razones que justifican tal determinación, hasta un monto máximo de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

i) Reducción en el caso de detención domiciliaria

46.- Estima la Sala que, también como regla general, la intensidad del perjuicio es sustancialmente inferior cuando se trata de detención domiciliaria, caso en el cual la persona no se ve privada del entorno material de su hogar ni de la compañía de su familia. Esta circunstancia incide en la determinación de la intensidad de los perjuicios morales que sufren la víctima directa y sus familiares. Por lo tanto, en casos de **detención domiciliaria**, la reparación deberá disminuirse en un **cincuenta por ciento (50%)**.

(...)

49.- De igual manera, no se estima justificado reconocer a favor de los cónyuges, compañeros permanentes o parientes en el primer grado de consanguinidad el mismo monto que se le otorga a la víctima directa que ha padecido la privación de la libertad. Nuevamente, se trata de daños frente a los cuales no puede afirmarse, por regla general, que tengan igual intensidad.

50.- *El dolor sufrido por la víctima directa de la privación injusta de la libertad no es, por regla general, equiparable al que padecen sus familiares o personas cercanas, que no sufren personalmente la detención. La privación de la libertad, para el que la padece, implica sobrellevar una situación de hecho permanente; no poder realizar sus labores cotidianas; no vivir en su casa de habitación; no estar con sus seres queridos; no poder circular libremente; no poder autodeterminarse; y convivir con desconocidos. Es cierto que los parientes y personas cercanas (padres, hijos, pareja) sufren al saber que la víctima directa del daño se encuentra en tales circunstancias. Pero no resulta razonable considerar que, en todos los casos o por regla general, los dos dolores tienen la misma intensidad o el mismo grado, ni la misma permanencia o constancia durante el periodo de duración de la detención. En consecuencia, tampoco resulta razonable establecer una regla jurisprudencial de equiparación.*³⁹

(...)

R.- Las reglas de unificación

65.- *Con fundamento en lo anterior, la Sala adoptará las siguientes reglas de unificación para el reconocimiento y cuantificación de perjuicios en casos de responsabilidad del Estado por privación de la libertad:*

65.1.- *En relación con la víctima directa de la detención, tanto si se trata de detención en establecimiento carcelario, como si se trata de detención domiciliaria, la sola prueba de la privación de la libertad constituye presunción de perjuicio moral para ella.*

65.2.- *En relación con los parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente, la prueba de tales calidades constituye presunción del perjuicio moral para ellos.*

65.3.- *Las presunciones establecidas en las dos reglas anteriores podrán desvirtuarse por la parte demandada.*

65.4.- *En relación con las demás víctimas indirectas, la prueba del parentesco no es una presunción del perjuicio moral. En tales casos, el juez determinará si el demandante cumplió la carga de acreditar la existencia del perjuicio moral derivado de la existencia de una relación estrecha con el detenido, de la cual pueda inferirse la existencia de un perjuicio moral indemnizable.*

65.5.- *Los topes máximos de indemnización se establecen de la siguiente forma para la víctima directa:*

a.- *Si la privación de la libertad tiene una duración **igual o inferior a un mes**, una suma fija equivalente a **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.*

³⁹ María Cecilia M'Clausand, al referirse al dolor que sufren los parientes cercanos del detenido, anota que <<aunque el sufrimiento de estas por lo común es profundo no parece adecuado compararlo con el de quien ve restringida su libertad y padece en carne propia las condiciones de la reclusión>>. No descarta que existan situaciones excepcionales, que deben probarse, entre las cuales menciona el <<caso de los niños pequeños que deben ser separados de su madre recluida y llevados a un lugar especial donde, si bien reciben la protección del Estado, carecen de la compañía familiar>>. M'Causland Sánchez, María Cecilia. *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2019. Págs. 470 y 471.

b.- Si la privación de la libertad tiene una duración **superior a un mes**:

- **Por cada mes adicional transcurrido, sin importar el número de días que tenga el mes, cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV).**

- **Por cada día adicional al último mes transcurrido, una fracción equivalente a 0,166 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la cual se obtiene de dividir cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV) por 30 días.**

- **La cuantía se incrementará hasta cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 SMLMV), indemnización que recibirá la víctima directa cuando esté detenida por 20 meses o más tiempo, con el objeto de mantener el tope máximo jurisprudencial, de acuerdo con la jurisprudencia antes indicada.**

- **De conformidad con los anteriores parámetros, los topes de indemnización de perjuicios morales para la víctima directa son los siguientes:**

| Duración de la privación | Víctima directa en SMLMV |
|---------------------------------|---------------------------------|
| Entre un día y un mes | Suma fija de 5 SMLMV |
| Hasta 2 meses | Hasta 10 SMLMV |
| Hasta 3 meses | Hasta 15 SMLMV |
| Hasta 4 meses | Hasta 20 SMLMV |
| Hasta 5 meses | Hasta 25 SMLMV |
| Hasta 6 meses | Hasta 30 SMLMV |
| Hasta 7 meses | Hasta 35 SMLMV |
| Hasta 8 meses | Hasta 40 SMLMV |
| Hasta 9 meses | Hasta 45 SMLMV |
| Hasta 10 meses | Hasta 50 SMLMV |
| Hasta 11 meses | Hasta 55 SMLMV |
| Hasta 12 meses | Hasta 60 SMLMV |
| Hasta 13 meses | Hasta 65 SMLMV |
| Hasta 14 meses | Hasta 70 SMLMV |
| Hasta 15 meses | Hasta 75 SMLMV |
| Hasta 16 meses | Hasta 80 SMLMV |
| Hasta 17 meses | Hasta 85 SMLMV |
| Hasta 18 meses | Hasta 90 SMLMV |
| Hasta 19 meses | Hasta 95 SMLMV |
| 20 meses o más | Hasta 100 SMLMV |

- En consecuencia, la fórmula para determinar la cuantía de los perjuicios morales de la víctima directa es:

$$PM = (\text{número de meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (\text{fracción adicional de días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

- En casos de **detención domiciliaria**, la cuantía de los perjuicios morales sufridos por la víctima directa se disminuirá en un **50%**.

65.6.- Para las víctimas indirectas, los topes máximos de indemnización se determinan a partir del monto reconocido a la víctima directa, de la siguiente manera:

a.- A los **parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente**, el **cincuenta por ciento (50%)** de lo que le corresponda a la víctima directa.

b.- A los **demás demandantes**, cuando acrediten los perjuicios morales, el **treinta por ciento (30%)** de lo que le corresponda a la víctima directa.

65.7.- Para la determinación del monto final de la indemnización de las víctimas indirectas dentro de los topes máximos antes señalados, la cuantificación deberá estar fundamentada en las pruebas que obran en el expediente y ella deberá ser motivada según lo probado en cada caso.

65.8.- Se reitera lo señalado en las anteriores jurisprudencias de unificación en lo relativo a que todos los topes que aquí se establecen podrán ser superados cuando se acrediten circunstancias que evidencien una gravedad e intensidad excepcional en el perjuicio moral sufrido por el detenido o las víctimas indirectas de la detención, las cuales podrán estar relacionadas con la gravedad del delito por el cual el sindicado fue investigado o acusado y las circunstancias particulares afrontadas con ocasión de la detención. En estos eventos, la decisión y las razones que justifican tal determinación deberán motivarse detalladamente. Finalmente, se establece que en ningún caso la indemnización podrá superar los trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la víctima directa.

(...)

Los perjuicios morales sufridos por las víctimas indirectas

76.- Para demostrar los perjuicios morales sufridos por las víctimas indirectas, los demandantes: **(i)** allegaron los correspondientes registros civiles de nacimiento para acreditar su parentesco con los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo y **(ii)** solicitaron los testimonios de personas cercanas a las familias de los detenidos.

77.- En relación con la prueba de los perjuicios morales sufridos por los familiares de la demandante **Berenice Díaz Buitrago**, la Sala destaca que:

77.1.- Con la copia de los registros civiles que obran en el expediente está acreditado que los demandantes tienen los siguientes vínculos de parentesco con Berenice Díaz Buitrago:

Madre: Crisanta Buitrago de Díaz⁴⁰

Padre: Esteban Díaz Gutiérrez⁴¹.

Hijos: Ferley Vargas Díaz y Daniel Vargas Díaz⁴².

Hermanos: Orlando Díaz Buitrago, Ovidio Díaz Buitrago, Octavio Díaz Buitrago, Urbano Díaz Buitrago, Dídimo Díaz Buitrago, Albeiro Díaz Buitrago y Evelio Díaz Buitrago⁴³.

*77.2.- La presunción de la existencia de perjuicios morales en relación con la madre, padre e hijos de **Berenice Díaz Buitrago** no fue desvirtuada con las pruebas obrantes en el expediente.*

*77.3.- En relación con la intensidad de los perjuicios sufridos por los demandantes Ferley Vargas Díaz y Daniel Vargas Díaz, hijos de la víctima directa, los testigos Gladis Yaneth Torres Buitrago, Jairo Ramírez Ducuara y Ana Rosa Lombo Bejarano señalaron que eran menores y convivían con ella cuando fue privada de la libertad, quedaron abandonados en <<manos de los vecinos>> y agregaron que la situación los afectó mucho porque ella era la <<cabeza del hogar>>. Estas circunstancias imponen decretar a su favor el tope máximo de indemnización, previsto en el 50% del perjuicio moral acordado para la víctima directa. Por lo tanto, se reconocerá a favor de cada uno de estos demandantes una reparación correspondiente a **15,75 salarios mínimos legales mensuales vigentes**.*

*77.4.- En relación con los padres de **Berenice Díaz Buitrago**, los testimonios recibidos hicieron referencia genérica al sufrimiento que la detención generó en toda su <<familia>>, por lo que el perjuicio en relación con ellos se cuantificará en el 40% del perjuicio moral acordado para la víctima directa, lo que equivale a **12,60 salarios mínimos legales mensuales vigentes** para cada uno. (...)⁴⁴*

En este asunto, acuden al proceso la víctima directa de la privación injusta de la libertad Jorge Enrique García Moreno, su compañera permanente Edith Duarte Archila, quien acreditó esa condición, a través del formato de arraigo aportado en el proceso donde consta como datos del procesado que este estaba en unión marital con esta última, quien además es la madre de Kevin Camilo García Duarte y Astrid Valeria García Duarte hijos de la víctima directa, según consta en los registros civiles de nacimiento,⁴⁵ y su condición de compañera permanente también fue acreditada con los testimonios de Leidy Milena Ortiz y Jhony Rojas Cruz.

Igualmente, acuden al proceso los hijos de la víctima directa Astrid Valeria García Duarte y Kevin Camilo García Duarte; y Alba Lucía García Moreno, Herminda García Moreno, Yaneth García Moreno, Teófila García Moreno, María Mirta García Moreno, Clara Inés García Moreno, Bladimir García Moreno, Manuel Fernando García Moreno y Luis Alfredo García Moreno, estos en calidad de hermanos⁴⁶ de Jorge Enrique García Moreno.

⁴⁰ F. 22, c. 2.

⁴¹ Ibídem.

⁴² Fls. 17, 18, c. 1.

⁴³ Fls. 20, 21, 23, 24, 25, 26 y 27, c. 2.

⁴⁴ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera; Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, Bogotá D. C., Veintinueve (29) De Noviembre De Dos Mil Veintiuno (2021), Radicación Número: 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681)

⁴⁵ Ver páginas 40 y 41 del cuaderno principal – expediente digital

⁴⁶ Según registros civiles de nacimiento vistos en las páginas 23 al 37 del cuaderno principal – expediente digital

i) Los perjuicios morales sufridos por la víctima directa

Debido a que no se desvirtuó la presunción de los perjuicios morales sufridos por Jorge Enrique García Moreno, con ocasión de la privación de su libertad y teniendo en cuenta que la privación se prolongó por 3 meses y 22 días (detención domiciliaria), como se indicó previamente, para la liquidación se tendrá en cuenta que:

Fórmula para la liquidación de los perjuicios morales:

$$PM = (\text{número de meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (\text{fracción adicional de días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

$$PM = (3 \text{ meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (22 \text{ días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

$$PM = 15 \text{ SMLMV} + 3,652 \text{ SMLMV}$$

$$PM = 18,652 \text{ SMLMV}$$

El monto de la indemnización de los perjuicios morales sufridos por Jorge Enrique García Moreno (víctima directa), sería de 18,652 SMLMV, por el tiempo que estuvo detenido; sin embargo, como se trató de una detención domiciliaria, el monto deberá disminuirse en un 50%, dando un total a reconocer de 9,326 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ii) Perjuicios morales – víctimas indirectas (compañera permanente, e hijos)

El Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 29 de noviembre de 2021, ya mencionada, estableció que los topes de los perjuicios morales para las víctimas indirectas eran los siguientes: para los parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente el cincuenta por ciento (50%) de lo que le corresponda a la víctima directa. Y para los demás demandantes, cuando acrediten los perjuicios morales, el tope máximo es del treinta por ciento (30%) de lo que le corresponda a la víctima directa

Igualmente, señaló que para la determinación del monto final de la indemnización de las víctimas indirectas dentro de los topes máximos antes señalados, la cuantificación deberá estar fundamentada en las pruebas que obren en el expediente y ella deberá ser motivada según lo probado en cada caso.

En este asunto, la testigo Leidy Milena Ortiz Tique, indicó en su declaración que Jorge Enrique García Moreno, para el momento de la detención convivía con su compañera permanente, y que debido a la detención a esta última le tocó seguir con el negocio de venta de café y cultivos con la ayuda de los hermanos de la víctima directa; sin embargo, no se probó con exactitud con esta declaración el dolor o aflicción de los mismo frente a la detención.

No obstante, se encuentra demostrado el parentesco entre la víctima directa y quienes acuden al proceso en calidad de hijos, y la relación con su compañera permanente, además que convivían juntos al momento de la detención según lo manifestado por los testigos; por tanto, se reconocerá el porcentaje de 4,663 SMLMV, a favor de Edith Duarte Archila (compañera permanente), 4,663 SMLMV a favor de Astrid Valeria García Duarte (hija) y 4,663 SMLMV a favor de Kevin Camilo García Duarte (hijo).

iii) Perjuicios morales – víctimas indirectas (hermanos)

La parte actora, solicitó perjuicios morales a favor de Alba Lucía García Moreno, Herminda García Moreno, Yaneth García Moreno, Teófila García Moreno, María Mirta García Moreno, Clara Inés García Moreno, Bladimir García Moreno, Manuel Fernando García

Moreno y Luis Alfredo García Moreno, estos en calidad de hermanos⁴⁷ de Jorge Enrique García Moreno.

Al respecto, se debe recordar que en sentencia de unificación del 29 de noviembre de 2021⁴⁸, el Consejo de Estado determinó dos reglas jurisprudenciales, una de ellas es que los perjuicios morales solo se presumen para la víctima directa, los cónyuges, compañeros permanentes y los parientes en el primer grado de consanguinidad, y en relación con las demás víctimas indirectas, como en el caso de los hermanos, sostuvo:

“(...) 39.- En relación con la prueba del perjuicio moral para la (el) cónyuge o compañera (o) permanente de la víctima directa y sus parientes hasta el primer grado de consanguinidad, la Sala considera que respecto de ellos también puede inferirse la existencia del perjuicio moral con la sola prueba de su parentesco o relación con la víctima directa. En relación con los demás parientes de la víctima directa, la prueba del parentesco no es un indicio suficiente para acreditar los perjuicios morales.

40.- El parentesco, considerado como indicio de la existencia de una relación estrecha de solidaridad y apoyo mutuo con el detenido, debe fundarse en una regla de experiencia que parte de la doctrina sugiere denominar mejor como generalización empírica.⁴⁹ Esas reglas fueron definidas como <<juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se ha inducido y que, por encima de esos casos pretenden tener validez para otros nuevos>>⁵⁰. Aunque se trata de reglas generales, en la medida en que la regla debe aplicarse al caso concreto, no puede incurrirse en lo que Taruffo denomina <<prejuicios, generalizaciones infundadas o simplificaciones indebidas>>.

41.- Para la Sala, la inferencia en relación con las consecuencias que se derivan de la privación de la libertad del padre, hijo, cónyuge o compañero (a) permanente, es distinta a la que puede deducirse para los demás parientes de la víctima directa. Los efectos son distintos para quienes, por regla general, conviven con quien ha sido privado de la libertad o tienen respecto del mismo una relación necesaria de permanente contacto. La generalización o regla de experiencia que se adopta como fundamento de la deducción de los perjuicios morales para los primeros se sustenta en que son estos quienes ordinariamente mantienen entre ellos, durante toda la vida, relaciones estrechas y permanentes de apoyo afecto y solidaridad. Esa regla no se extiende a todos los parientes del

⁴⁷ Según registros civiles de nacimiento vistos en las páginas 23 al 37 del cuaderno principal – expediente digital

⁴⁸ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera-Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz; Bogotá D. C., Veintinueve (29) De Noviembre De Dos Mil Veintiuno (2021), Radicación Número: 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681).

⁴⁹ <<El cambio de nombre supone asumir una postura según la cual debería dejarse de lado la idea de que la experiencia, particularmente del juez, sería una fuente válida de conocimiento a efectos de construir y expresar las máximas. Expresa Taruffo al respecto: “(...) es útil hacer referencia a la noción de generalización, dado que el fundamento cognoscitivo de las máximas de la experiencia debería depender de la validez y admisibilidad de las generalizaciones que expresan”. (Acero-Gallego, Luis Guillermo, Análisis sobre las reglas o máximas de la experiencia y su uso en el medio Colombiano, U. D de Girona, 2020, p. 28).

⁵⁰ Stein, citado por Linardo Limardo, Alain, Repensando las máximas de la experiencia, Universidad de Buenos Aires, Quaestio Facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, 2020 p. 115.

detenido, porque la característica común del grupo de personas incluido dentro de la generalización se presenta usualmente solo respecto de ellas.

42.- Por lo tanto, en relación con los parientes que no se encuentren en el primer grado de consanguinidad y de los demandantes distintos del cónyuge o compañero (a) permanente, la prueba de la relación de parentesco no puede considerarse como un indicio suficiente del cual deba inferirse la existencia de una relación estrecha con la persona privada de la libertad. Este medio de prueba no es suficiente para demostrar el perjuicio moral y le corresponde al juez confrontarlo con los demás allegados al proceso, para determinar si, de su análisis en conjunto, puede inferirse la existencia de perjuicios morales derivados de la detención de la víctima directa.

43.- En relación con los parientes que no se encuentren en el primer grado de consanguinidad, o distintos del cónyuge o compañero (a) permanente, debe considerarse que solo tienen derecho a la indemnización quienes acrediten que han sufrido un perjuicio moral particular y grave (que es el que puede calificarse de antijurídico) como consecuencia de la privación de la libertad de otra persona. (...)"

Es decir, que en el caso de parientes de la víctima directa que no se encuentren en el primer grado de consanguinidad, es necesario que acrediten que han sufrido un perjuicio moral particular y grave, con ocasión a la privación injusta de la libertad de su familiar, para acceder a la indemnización.

En el caso concreto, la parte actora solicitó prueba testimonial para acreditar los perjuicios sufridos por los demandantes; sin embargo, en relación con los hermanos de la víctima directa, las declaraciones practicadas en el proceso no dieron cuenta de ninguna circunstancia de la cual se pueda inferir un perjuicio particular y grave, en virtud de la privación injusta de la libertad sufrida por Jorge Enrique García Moreno y tampoco se evidencia ninguna otra prueba que acredite ese perjuicio; por tanto, como la simple prueba de parentesco no se estima como un indicio suficiente para dar por demostrado los perjuicios morales, estos se negaran en favor de los hermanos.

7.4.2 AFECTACIÓN RELEVANTE A BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS

La parte demandante, solicitó en este asunto la imposición de medidas de reparación integral no pecuniarias a su favor.

En este asunto, quedo probado que existió una medida de aseguramiento en contra de Jorge Enrique García Moreno; sin embargo, con posterioridad se profirió sentencia absolutoria a su favor en la que se concluyó que ***“(...) realmente ni siquiera se pudo demostrar por parte de la fiscalía que los procesados desplegaron conductas típicas, que se adecuaran claramente al delito de Rebelión”*** y al analizar los elementos aportados al proceso penal ese mismo juez indicó: ***“Y es más, en esta actuación, ni siquiera se ha hablado por parte de la fiscalía de entrevistas, he de ahí uno de los motivos por los cuales se rechazó su pretensión de prueba de referencia, sino de simples informe de batalla emanados de la Sexta Brigada del Ejército, concretamente del Batallón Caicedo de Chaparral (Tol), por lo que realmente razón le asiste a todos los intervinientes en cuanto no se da cuenta en este proceso de una conducta típica desplegada por los acusados”***; es decir, que se sometió a un proceso penal aun cuando ni siquiera se pudo demostrar que el procesado desplegó conducta típica, lo cual se entiende afectó su buen nombre.

En relación con el daño por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, el Consejo de Estado ha indicado⁵¹:

“(..). Al encontrarse que existió una condena penal al señor Hugo Domínguez Albarracín por la autoría presunta de un delito que dio a la privación de su libertad personal, la Sala evidencia una afectación al buen nombre del demandante, de suerte que se torna en una afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

El buen nombre hace referencia a la buena opinión que se forma de una determinada persona, es decir el concepto favorable que tienen los congéneres o la comunidad de alguien en particular. Para la Sala la medida restrictiva de la libertad por sí misma tiene la potencialidad para generar descrédito, señalamiento y estigmatización y al ser injusta esta privación por demostrarse que el reproche penal consolidado con la detención fue anulado a través de sentencia absolutoria definitiva es suficiente para tener por acreditada la afectación al buen nombre, que en el caso particular se encuentra también demostrada con el testimonio del señor Luis Rafael Casas Garzón⁵².

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en aquellos casos en los que se evidencia que la víctima ha sido ilegal y arbitrariamente privada de su libertad ha ordenado como garantía destinada a restituir el derecho al buen nombre, que se hagan publicaciones en las que se indique que el afectado es ajeno a todos los cargos que se le imputaron⁵³.

Se ordenará, en consecuencia, a la Nación - Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación que emita un comunicado en el que se disculpe con la víctima por el perjuicio causado y reconozca que él no era responsable del delito que se le imputó. De acuerdo con el principio según el cual este tipo de reparaciones integrales debe concertarse con la víctima, el demandante le informará a la demandada, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia, si dicho documento solamente le será entregado en físico a él o si, además, desea que se publique en las plataformas de comunicación y difusión de la entidad, y a ello se procederá una vez así sea comunicado. De no hacerse ninguna manifestación durante esa etapa, se entenderá que la víctima opta porque las disculpas se expresen de manera privada, por lo que así se cumplirá de manera seguida.(..).”

⁵¹ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera-Subsección B; Consejero Ponente: Fredy Ibarra Martínez, Bogotá Dc, Dos (2) De Noviembre De Dos Mil Veintiuno (2021), Radicación Número: 68001-23-31-000-2005-03051-01(55892)

⁵² Testigo quien al referirse a los perjuicios inmateriales sufridos por el actor señaló que “*el proceso penal le trajo muchos problemas de comportamiento, tanto como el desgano que tiene, las ganas de no vivir y sentirse señalado es lo más terrible*” (fl. 246, cdno. ppal.).

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007. En esta oportunidad, la Corte Interamericana se ocupó de decidir el caso de dos personas que habían sido investigadas y privadas ilegalmente de su libertad por presuntamente pertenecer a una organización dedicada al tráfico internacional de narcóticos. La detención de las víctimas fue ilegal y se prolongó injustificadamente. Aunque el Estado ecuatoriano ordenó que se quitaran las publicaciones y registros que hacían alusión a los ilícitos por los cuales las víctimas fueron investigadas, la Corte indicó que si bien con ello se buscaba restituir del buen nombre de los actores, como medida de reparación integral de las víctimas se debía realizar una publicación en la cual se señalara específicamente que fueron ilegal y arbitrariamente privadas de su libertad, lo anterior, con la finalidad de restituir el buen nombre y como garantías de no repetición.

Así las cosas, resulta procedente disponer una **medida no pecuniaria**, por lo que se ordenará a la Rama Judicial y a la Fiscalía General Nación que procedan a reconocer públicamente su responsabilidad por la privación injusta de la libertad de Jorge Enrique García Moreno, reconocimiento que debe contener la respectiva disculpa dirigida a cada uno de los demandantes quienes sufrieron por la afectación al buen nombre de la víctima directa, lo anterior debe efectuarse a través de medios de comunicación de amplia circulación nacional; y dentro del término de dos meses, contados a partir de la ejecutoria de este fallo.

7.4.3 PERJUICIO MATERIAL – LUCRO CESANTE

La parte actora solicitó el reconocimiento del perjuicio material lucro cesante, por el tiempo en que Jorge Enrique García Moreno, estuvo privado de la libertad más 9 meses que es el tiempo que se estima una persona se tarda en conseguir trabajo.

En primer lugar, la parte actora solicita incluir dentro de la liquidación del lucro cesante el tiempo de 9 meses que presuntamente se demora una persona en conseguir trabajo, frente a este aspecto, se debe indicar que las presunciones para la liquidación del perjuicio material de lucro cesante, en casos de privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado, ha indicado:

“(…) En suma, la Sala de la Sección optó por disponer indemnizaciones por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, en los eventos de privación injusta de la libertad, a partir de la aplicación de manera indistinta de presunciones de orden interpretativo; así, para la liquidación de este perjuicio, presumió que: i) ante la ausencia de la prueba del ingreso devengado por la víctima del daño, si se encontraba en una edad productiva, ésta recibía como ingreso, al menos, un salario mínimo legal mensual, incluso con independencia de que hubiera acreditado o no que al tiempo de la detención mantenía un vínculo laboral o desempeñaba una actividad que le reportara ingresos, ii) la víctima, luego de recobrar la libertad, requería un tiempo adicional para reubicarse laboralmente, sin importar para ello si era empleado o independiente y iii) el ingreso de la víctima debía incrementarse en un 25%, por concepto de prestaciones sociales, sin importar si, para cuando perdió libertad, era asalariado o no.

Sin embargo, a juicio de la Sala, resulta mejor, con miras a un adecuado ejercicio de la labor de impartir justicia, soslayar el uso de presunciones de orden jurisprudencial que lleven a reconocer de oficio perjuicios de este tipo, pues evitarlas y, por tanto, decidir con sustento en hechos o supuestos efectivamente probados garantiza de manera efectiva y eficaz el principio de congruencia de las sentencias y mantiene incólumes el principio de justicia rogada y el principio dispositivo⁵⁴, los cuales orientan la actividad y las decisiones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Agrégase a lo anterior que las orientaciones jurisprudenciales anteriormente mencionadas y las presunciones jurisprudenciales aplicadas con el objeto de determinar la existencia y el monto de los perjuicios materiales podrían

⁵⁴ El principio dispositivo ha sido definido por la doctrina como “La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin. O como dice COUTURE: ‘es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso’. “Son características de esta regla las siguientes:

“El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado” (LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio: “Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General”, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, pág. 106).

entenderse en el sentido de que, cumplidas ciertas condiciones, los demandantes tienen derecho, per se, a obtener el pago de perjuicios en determinado monto; sin embargo, ello podría llevar a desconocer involuntariamente en algún caso que el reconocimiento de un perjuicio solo procede si ha sido solicitado por la parte interesada, lo que implica que ésta lo reclame de manera expresa y cuantifique su monto de manera razonada (artículo 162, numerales 2 y 6 del C.P.A.C.A. –antes artículo 137 del C.C.A.- y artículo 281 de C.G.P. –antes 305 del C. de P.C.-) y a ello se puede acceder siempre que dicha parte haya cumplido con la carga de acreditar tanto la existencia como la cuantía del perjuicio.

La ausencia de petición, en los términos anteriores, así como el incumplimiento de la carga probatoria dirigida a demostrar la existencia y cuantía de los perjuicios debe conducir, necesariamente, a denegar su decreto.

Los perjuicios materiales solo pueden decretarse previo estudio motivado y razonado que tenga en cuenta las pretensiones y las pruebas aportadas por la parte; así, solo se puede conceder al demandante el perjuicio reclamado, a partir de la apreciación razonada y específica que el juzgador realice de los medios probatorios obrantes en el expediente, en la que se consideren las circunstancias concretas que permitan deducir que, en efecto, la detención le generó la pérdida de un derecho cierto a obtener el ingreso que, de no haberse producido el daño, habría seguido percibiendo o podría haber percibido como producto de la labor que desempeñaba antes de ser privado de la libertad o que iba a empezar a percibir en razón de una relación existente pero que apenas iba a empezar a cumplirse.

Tratándose del lucro cesante causado durante la detención y de la imposibilidad de percibir un ingreso con posterioridad a la misma, el juzgador deberá tener en cuenta que no puede asimilarse el caso de una persona que tiene vigente una actividad productiva lícita que le genera ingresos por sus servicios que efectivamente se interrumpen o terminan con su detención, con el evento en que ésta no genera tal efecto o con aquel en el que esa actividad no existe y, por ende, la detención no implica la pérdida de un lucro económico.

En los casos en los que se pruebe que la detención produjo la pérdida del derecho cierto a obtener un beneficio económico, lo cual se presenta cuando la detención ha afectado el derecho a percibir un ingreso que se tenía o que con certeza se iba a empezar a percibir, el juzgador solo podrá disponer una condena si, a partir de las pruebas obrantes en el expediente, se cumplen los presupuestos para ello, frente a lo cual se requiere que se demuestre que la posibilidad de tener un ingreso era cierta, es decir, que correspondía a la continuación de una situación precedente o que iba a darse efectivamente por existir previamente una actividad productiva lícita ya consolidada que le permitiría a la víctima directa de la privación de la libertad obtener un determinado ingreso y que dejó de percibirlo como consecuencia de la detención.

Entonces, resulta oportuno recoger la jurisprudencia en torno a los parámetros empleados para la indemnización del lucro cesante y, en su lugar, unificarla en orden a establecer los criterios necesarios para: i) acceder al reconocimiento de este tipo de perjuicio y ii) proceder a su liquidación.

La precisión jurisprudencial tiene por objeto eliminar las presunciones que han llevado a considerar que la indemnización del perjuicio es un derecho que se tiene per se y establecer que su existencia y cuantía deben reconocerse solo: i)

a partir de la ruptura de una relación laboral anterior o de una que, aun cuando futura, era cierta en tanto que ya estaba perfeccionada al producirse la privación de la libertad o ii) a partir de la existencia de una actividad productiva lícita previa no derivada de una relación laboral, pero de la cual emane la existencia del lucro cesante.

(...)

1.1.1 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.⁵⁵).

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).

(...)

2.2.1 Período indemnizable

El período indemnizable, para la liquidación del lucro cesante, en los eventos de privación injusta de la libertad, será el tiempo que duró la detención, es decir, el período que transcurrió desde cuando se materializó la orden de detención con la captura o la aprehensión física del afectado con la medida de aseguramiento y hasta cuando éste recobró materialmente la libertad o quedó ejecutoriada la providencia que puso fin a la actuación penal contra el investigado o sindicado, lo último que ocurra.

La liquidación del lucro cesante comprenderá, si se pide en la demanda y se prueba suficientemente su monto, el valor de los ingresos ciertos que, de no haberse producido la privación de la libertad, hubiera percibido la víctima durante el tiempo que duró la detención y, además, si se solicita en la demanda, el valor de los ingresos que se acredite suficientemente que hubiera percibido la víctima después de recuperar su libertad y que se frustraron con ocasión de pérdida de ésta.

2.2.2 Ingreso base de liquidación

El ingreso base de liquidación deber ser lo que se pruebe fehacientemente que devengaba la víctima al tiempo de su detención, proveniente del ejercicio de la actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos.

⁵⁵ Para la Corte Constitucional (sentencia T-733 de 2013): “La noción de carga de la prueba ‘onus probandi’ es una herramienta procesal que permite a las partes aportar los elementos de prueba para acreditar los hechos que alega el demandante o las excepciones propuestas por el demandando. Su aplicación trae como consecuencia que aquella parte que no aporte la prueba de lo que alega soporte las consecuencias. Puede afirmarse que la carga de la prueba es la obligación de ‘probar’, de presentar la prueba o de suministrarla cuando no ‘el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no (sic) existencia de un hecho afirmado’, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero”.

(...)

2.2.3 Aplicación del salario mínimo legal mensual

*Cuando se acredite suficientemente que la persona privada injustamente de la libertad desempeñaba al tiempo de su detención una actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos y que no pudo continuar desempeñando por causa de la detención, pero se carezca de la prueba suficiente del monto del ingreso devengado producto del ejercicio de tal actividad lícita o la privada de la libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, **la liquidación del lucro cesante se debe hacer teniendo como ingreso base el valor del salario mínimo legal mensual vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso de reparación directa**, lo cual se aplica teniendo en cuenta que, de conformidad con lo previsto en la ley 100 de 1993, ese es el ingreso mínimo o el salario base de cotización al sistema general de seguridad social (artículos 15 y 204) y, además, que el artículo 53 constitucional ordena tener en cuenta el principio de la “remuneración mínima vital y móvil” y que, según el artículo 145 del Código Sustantivo del Trabajo, “... el salario mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a las necesidades normales y a las de su familia”. (...)⁵⁶*

Con base en lo expuesto, y en relación con las presunciones para la liquidación del perjuicio material de lucro cesante, en casos de privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado en la mencionada sentencia de unificación, indicó que si bien venía reconociendo lucro cesante aplicando indistintas presunciones de orden interpretativo, lo cierto es que a partir de ese pronunciamiento, consideró que para un adecuado ejercicio de la labor de impartir justicia, lo mejor era soslayar el uso de presunciones de orden jurisprudencial que llevaban reconociendo y emitir condenas o decidir con sustento en hechos o supuestos efectivamente probados para garantizar de manera efectiva y eficaz el principio de congruencia de las sentencias.

Y así, la misma Corporación, determinó que todo daño y perjuicios solicitados por la parte actora se indemnice por concepto de lucro cesante debe tener prueba suficiente que lo acredite, porque de lo contrario no se puede acceder a reconocimiento alguno.

De esta manera, en un caso similar de privación injusta, la misma corporación, sostuvo:

“(...) 19.- La parte actora solicitó (i) <<el reconocimiento de todos los salarios y demás emolumentos que pudo devengar o percibir el demandante Altamar Martínez mientras estuvo privado de la libertad, con base en el último sueldo devengado el día anterior a su detención>>; (ii) <<el reconocimiento de un pago sobre el tiempo adicional que jurisprudencialmente se ha reconocido para efectos de la reinserción laboral>>.

20.- Según la certificación laboral emitida por la DIAN y allegada al proceso por la parte actora, el contrato laboral del demandante Altamar Martínez vencía el 31 de julio de 2006, es decir unos días después de su captura, la cual se llevó a cabo el 24 de julio de 2006. Por lo tanto, el período a indemnizar por concepto de lucro cesante se debería extender solo hasta la fecha de terminación del contrato laboral.

⁵⁶ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera; Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, Bogotá, D.C., Dieciocho (18) De Julio De Dos Mil Diecinueve (2019), Radicación Número: 73001-23-31-000-2009-00133-01(44572)

21.- Tampoco es procedente el reconocimiento del período de reubicación laboral. Según la sentencia de unificación del Consejo de Estado, del 18 de julio de 2019⁵⁷, para que éste pueda ser computado dentro del lucro cesante, se requiere que haya sido solicitado expresamente en la demanda y que se demuestre plenamente que la víctima directa no pudo ser nuevamente empleado luego de la privación de la libertad. En este caso, no es procedente su reconocimiento porque la parte actora no acreditó que, una vez en libertad, hubiera decidido emprender la búsqueda de encontrar trabajo o una actividad económica productiva. (...)(negrilla fuera de texto)⁵⁸

Así las cosas, no es posible acceder a la petición de reconocimiento del término de 9 meses como término adicional para liquidación del perjuicio de lucro cesante, correspondiente al lapso en que dura una persona para conseguir empleo, ya que la parte actora ni siquiera cumplió con la carga de la afirmación sostenida, esto es, no demostró el tiempo que efectivamente se tardó en conseguir trabajo Jorge Enrique García Moreno, una vez recuperó su libertad.

Ahora bien, frente al reconocimiento del lucro cesante, se reitera que, de conformidad con el criterio jurisprudencial unificado⁵⁹, para el reconocimiento de este perjuicio debe: **(i)** haber sido solicitado en la demanda y **(ii)** estar demostrado que al momento de su detención la persona desempeñaba una actividad económica y que debido a la privación de la libertad dejó de percibir ingresos. En relación con la liquidación del perjuicio se indicó que: **(i)** el periodo indemnizable es el tiempo que duró la detención, desde la aprehensión física hasta <<cuando éste recobró materialmente la libertad o quedó ejecutoriada la providencia que puso fin a la actuación penal contra el investigado o sindicado, lo último que ocurra>>; **(ii)** el ingreso base de liquidación debe estar probado, y en caso de que se pruebe que la persona desempeñaba una actividad lícita pero no el monto devengado <<la liquidación del lucro cesante se debe hacer teniendo como ingreso base el valor del salario mínimo legal mensual vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso de reparación directa>> y **(iii)** es viable el reconocimiento del 25% por prestaciones sociales en caso de que se acredite una relación laboral subordinada, siempre y cuando se haya solicitado en la demanda.

Ahora bien, a partir del testimonio de Leidy Milena Ortiz y Jhony Rojas Cruz, se logra inferir que Jorge Enrique García Moreno, al momento de la detención ejercía labores de agricultor y ganadería en la finca que tenía en la vereda el Recreo jurisdicción de las Hermosas Chaparral y coinciden en que:

- Jorge Enrique García Moreno fue Presidente de la Junta de Acción Comunal de la vereda el Recreo.
- Que ejercí actividades de agricultura y ganadería en su finca, para el momento de la detención.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 18 de julio de 2019, Expediente 44572. M.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁵⁸ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera-Subsección B; Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, Bogotá D.C., Diecinueve (19) De Febrero De Dos Mil Veintiuno (2021), Radicación Número: 25000-23-26-000-2011-00641-01(48602)

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572). Sentencia del 18 de julio de 2019. M.P.: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera

Lo anterior, guarda relación con la información contenida en el formato de arraigo⁶⁰, en el que se consignó que su ocupación u oficio era agricultor y ganadería⁶¹, por tanto, con esta prueba se pudo acreditar que la víctima directa desarrollaba una actividad lícita. Sin embargo, no se allegó prueba suficiente del monto al que ascendían sus ingresos; por lo tanto, el lucro cesante se liquidará con base en el salario mínimo legal vigente para este momento, sin ningún tipo de incremento por concepto de prestaciones sociales comoquiera que se trataba de una actividad independiente y no acreditó vinculación laboral.

Para la liquidación del perjuicio se tendrá en cuenta:

- a.- Periodo indemnizable: es el tiempo de la privación, esto es, 3 meses y 22 días (14 de julio de 2009 al 6 de noviembre de 2009)
- b.- Salario mínimo 2022: \$ 1.000.000.
- c.- Se calcula con base en la siguiente fórmula:

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

Donde:

S= Valor de indemnización por el período

Ra= Renta actualizada

i= Interés técnico del 0,004867

n= Número de meses a indemnizar: 3,67

1= Constante

$$S = 1.000.000 \frac{(1 + 0,004867)^{3,67} - 1}{0,004867}$$

S = \$3.628.673

Es decir, se reconocerá a favor del demandante Jorge Enrique García Moreno la suma de \$3.628.673 por concepto de lucro cesante.

8. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

El CPACA en el artículo 188 señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que este compilado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso para la liquidación y ejecución de las agencias en derecho.

Por lo anterior, se condenará a la parte demandada (Rama Judicial -Fiscalía General de la Nación), en las costas de ambas instancias en un salario mínimo legal mensual vigente para cada una de las demandadas y en cada una de las instancias, siempre y cuando se encuentre acreditado en el proceso. Y se ordenará a la secretaria del *a-quo* que liquide tales costas, conforme a las reglas mencionadas.

⁶⁰ Ver página 74 del cuaderno denominado 2.9 expediente penal -expediente digital

⁶¹ Visto en el folio 1577

9. OTRAS CONSIDERACIONES

La presente providencia será estudiada y aprobada mediante la utilización de medios electrónicos, de acuerdo a lo establecido en la Ley 2213 de 2022.

Por lo anterior, esta providencia se circulará para su deliberación a través de correos electrónicos institucionales.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE:

REVOCAR la sentencia del 12 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, y en su lugar, quedará así:

PRIMERO: DECLARAR administrativa, patrimonial y solidariamente responsables a la Nación-Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial por la privación de la libertad de Jorge Enrique García Moreno.

SEGUNDO: CONDENAR solidariamente responsables a la Nación-Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial a pagar las siguientes indemnizaciones, por concepto de perjuicios morales:

- A favor de Jorge Enrique García Moreno, la suma equivalente a 9,326 SMLMV
- A favor de Edith Duarte Archila (compañera permanente), la suma equivalente a 4,663 SMLMV
- A favor de Astrid Valeria García Duarte (hija), la suma equivalente a 4,663 SMLMV
- A favor de Kevin Camilo García Duarte (hijo) la suma equivalente a 4,663 SMLMV

TERCERO: ORDENAR como medida no pecuniaria, a la Rama Judicial y a la Fiscalía General Nación que procedan a reconocer públicamente su responsabilidad por la privación injusta de la libertad de Jorge Enrique García Moreno, reconocimiento que debe contener la respectiva disculpa dirigida a cada uno de los demandantes quienes sufrieron por la afectación al buen nombre de la víctima directa, lo anterior debe efectuarse a través de medios de comunicación de amplia circulación nacional; y dentro del término de dos meses, contados a partir de la ejecutoria de este fallo.

CUARTO: CONDENAR solidariamente responsables a la Nación-Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial a pagar a favor de Jorge Enrique García Moreno, la suma de \$3.628.673 por concepto de lucro cesante.

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandada (Rama Judicial -Fiscalía General de la Nación), en las costas de ambas instancias en un salario mínimo legal mensual vigente para cada una de las demandadas y en cada una de las instancias, siempre y cuando se encuentre acreditado en el proceso. Y se ordenará a la secretaría del *a-quo* que liquide tales costas, conforme a las reglas mencionadas

SÉPTIMO: Una vez en firme, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las constancias secretariales correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

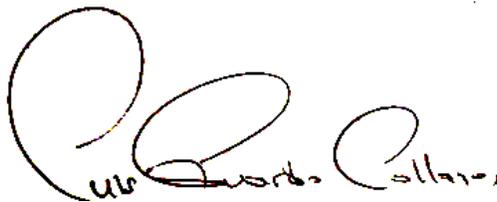
Los Magistrados,



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA



LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

NOTIFICA ACTUACION PROCESAL RAD 2023-01165-00

Secretaria General Consejo De Estado <cegral02@notificacionesrj.gov.co>

Jue 16/03/2023 12:11 PM

Para: Juzgado 08 Administrativo - Tolima - Ibague <adm08ibague@cendoj.ramajudicial.gov.co>

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO

BOGOTA D.C.,jueves, 16 de marzo de 2023

NOTIFICACIÓN No.23691

Señor(a):

JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE IBAGUE

email:adm08ibague@cendoj.ramajudicial.gov.co

-

ALPUJARRA (TOLIMA)

ACCIONANTE: NOLBERTO FERNANDEZ MORENO Y OTROS

ACCIONADO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA Y OTRO

RADICACIÓN: 11001-03-15-000-2023-01165-00

ACCIONES DE TUTELA

Para los fines pertinentes me permito manifestarle que en providencia del 14/03/2023 el H. Magistrado(a) Dr(a) ROCIO ARAUJO OÑATE de la SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO, dispuso Auto que admite tutela en la tutela de la referencia.

CUARTO: REQUERIR al Tribunal Administrativo del Tolima y al Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, para que alleguen copia íntegra digital del proceso de reparación directa con radicado N.º 73001-33-33-008-2018-00243-01, dentro del término de dos (2) días, contados a partir de la fecha de notificación del presente auto. CUARTO: REQUERIR al Tribunal Administrativo del Tolima y al Juzgado Octavo

Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, para que publiquen en sus respectivas páginas web copia digital de la demanda de tutela, de los anexos que la acompañan y de esta providencia, con el fin de que cualquier persona que tenga interés conozca de los referidos documentos y pueda intervenir en el trámite constitucional de la referencia.

Las solicitudes y demás documentos que se remitan por medios electrónicos deberán allegarse al buzón judicial:secgeneral@consejodeestado.gov.co; dado que la cuenta:cegral02@notificacionesrj.gov.co, es de uso exclusivo para el envío de notificaciones y/o comunicaciones, por tanto, los correos enviados a esas bandejas no serán procesados y, por ende, serán eliminados de los archivos temporales de los servidores que se encuentran a cargo de la Oficina de Informática del Consejo Superior de la Judicatura.

Cordialmente,

Firmado electrónicamente por: DIANA LUCIA SANCHEZ SERNA (E)

Fecha: 16/03/2023 12:11:24

Secretario

Se anexaron (4) documentos, con los siguientes certificados de integridad:

Documento(1):2_110010315000202301165001EXPEDIENTEDIGI20230307103052.pdf

Documento(2):11_110010315000202301165008EXPEDIENTEDIGI20230307103119.pdf

Documento(3):10_110010315000202301165007EXPEDIENTEDIGI20230307103119.pdf

Documento(4):13_110010315000202301165001AUTOQUEADMITE20230314175256.pdf

Certificado(1) : 770FDE54EC207F675C39B95125D863C809B90B283BCE35E21BFA9442A91E3BD2

Certificado(2) : 80F8D57B5FAC29390A0CF2B4A5331778D550B49D42921BEAB81E7C70C79AA386

Certificado(3) : 9CAA802666B5507C3D949510F5BAE7D6B23BB5C0205D08CDDE3BAEC4674BBB33

Certificado(4) : 9796C72BD57ACAE8505C0E2D18ED716B8BB88DBAD7705ADABE7522043E1CCB2

Usted puede validar la integridad y autenticidad de los documentos remitidos, ingresando los certificados referidos al siguiente link:

<https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?>

[url=https%3A%2F%2Frelatoria.consejodeestado.gov.co%2FVistas%2Fdocumentos%2Fvalidador&data=05%7C01%7Cadm08ibague%40cend.oj.ramajudicial.gov.co%7C528e862d4f414cf949e708db26417f45%7C622cba9880f841f38df58eb99901598b%7C0%7C0%7C638145835074345515%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWljiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzliLCJBTil6lk1haWwiLCJXVCi6Mn0%3D%7C3000%7C%7C%7C&sd ata=nX9312i0RPDwpxds0WjvpEB%2Bke%2BXj0Q9L6uh6MITPg%3D&reserved=0](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Frelatoria.consejodeestado.gov.co%2FVistas%2Fdocumentos%2Fvalidador&data=05%7C01%7Cadm08ibague%40cend.oj.ramajudicial.gov.co%7C528e862d4f414cf949e708db26417f45%7C622cba9880f841f38df58eb99901598b%7C0%7C0%7C638145835074345515%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWljiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzliLCJBTil6lk1haWwiLCJXVCi6Mn0%3D%7C3000%7C%7C%7C&sd ata=nX9312i0RPDwpxds0WjvpEB%2Bke%2BXj0Q9L6uh6MITPg%3D&reserved=0)

con-191766

Por favor no imprima este correo electrónico a menos que sea necesario / disminuya el consumo del papel. Se han omitido las tildes y caracteres especiales para efectos de compatibilidad

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este

correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.