



291

Tunja, treinta y uno (31) de enero de dos mil diecinueve (2019)

<u>MEDIO DE CONTROL:</u>	REPARACIÓN DIRECTA.
<u>DEMANDANTES:</u>	JAIRO PINZÓN FAJARDO, HOLMAN ANDRÉS BUSTOS ZAMUDIO, DEYANIRA BUSTOS ZAMUDIO- en nombre propio y representación de DIEGO ALEXANDER PINZÓN BUSTOS-BRAYAN ESTEBAN PINZÓN BUSTOS-MARYI YULIANA PINZÓN BUSTOS
<u>DEMANDADOS:</u>	RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA- DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.
<u>EXPEDIENTE:</u>	150013333013-2016-00073-00.
<u>TEMA:</u>	PERJUICIOS CAUSADOS POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.

Procede el despacho a dictar sentencia de primera instancia dentro del asunto de la referencia, toda vez que no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

I. DEMANDA Y CONTESTACION

1. PRETENSIONES¹.

En audiencia inicial del día tres (03) de agosto del año 2017 (fl.216 y ss.) fueron reseñadas las siguientes:

1. Pidió declarar que las demandadas son responsables patrimonial y extracontractualmente por privación injusta de la libertad con ocasión de la vinculación, imposición de medida de aseguramiento y demás actuaciones y decisiones tomadas en contra del señor JAIRO PINZON FAJARDO dentro del proceso penal por el delito de Fabricación, Trafico o Porte ilegal de Armas de Fuego de Defensa personal con código único de identificación 154696000119201200076, que se siguió en su contra por la Fiscalía Octava Local del Municipio de Moniquira, Boyacá, Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Moniquira, Boyacá, Fiscalía 31 Seccional de Tunja, Juzgado Segundo Penal del Circulo de Tunja y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito de Tunja.

2. Solicitó que como consecuencia, la entidades accionadas, repararan el daño antijurídico ocasionado al señor JAIRO PINZON FAJARDO, por las sumas y conceptos de:

¹ Minuto 24.51 minuto 26.56 del CD visto a folio 220-A.

[Handwritten signature]

PERJUICIOS MATERIALES

A favor del señor JAIRO PINZON FAJARDO una cantidad igual o superior a CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES DE PESOS (\$137.000.000) como resultante de la sumatoria de:

- Por Lucro Cesante Consolidado: \$87.000.000, daños por el tiempo que estuvo injustamente privado de la libertad, contado desde el 22 de septiembre de 2012 al 9 de diciembre de 2015, para un total de dos (2) años, cinco (5) meses y ocho (8) días; tiempo en el que indicó no pudo desempeñarse en su campo como maestro de construcción de obras civiles, dejando de percibir ingresos por ese valor, además de que perdió sus vínculos laborales.

- Por Daño Emergente: \$50.000.000 por honorarios pactados con el abogado Jairo Eduardo Bermúdez Rodríguez por la defensa judicial en el proceso penal y los gastos en que incurrió la familia por transporte, hoteles, alimentación y otros para visitar al señor JAIRO PINZON FAJARDO en su lugar de reclusión y para asistir a las audiencias programadas dentro del proceso penal.

PERJUICIOS MORALES

a) A favor del señor JAIRO PINZON FAJARDO, como víctima directa, y DEYANIRA BUSTOS ZAMUDIO en calidad de compañera permanente, una suma igual o superior a CIENTO SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (100 SMLMV) para cada uno.

b) A favor de DIEGO ALEXANDER, BRAYAN ESTIVEN, y MARYI YULIANA PINZON BUSTOS, en calidad de hijos una suma igual o superior a CIENTO SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (100 SMLMV), para cada uno.

c) A favor de HOLMAN ANDRES BUSTOS ZAMUDIO, EN CALIDAD DE HIJASTRO DE JAIRO PINZÓN FAJARDO, UNA SUMA IGUAL O SUPERIOR A VEINTICINCO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (25 SMLMV).

2. HECHOS²².

De igual manera, en la misma audiencia, como supuestos fácticos probados se señalaron los siguientes:

1. Que el señor JAIRO PINZON FAJARDO, llevaba conviviendo en unión libre con la señora DEYANIRA BUSTOS ZAMUDIO, hacia aproximadamente (17) años, como consta en la declaración extraprocesal de fecha al 20 de marzo año 2015 suscrita ante la Notaria Primera del Circulo de Chiquinquirá, aportada a folio 97 de las diligencias.

²² Minuto 27.21 minuto 31.46 del CD visto a folio 220-A.

292

2. Que como producto de esta unión se procrearon los hijos DIEGO ALEXANDER, BRAYAN ESTIVEN y MARYI YULIANA PINZON BUSTOS, como se logra extraer de los registros civiles de nacimiento vistos de folio 100 a 102.
3. Que la señora DEYANIRA BUSTOS ZAMUDIO, es madre del joven HOLMAN ANDRES BUSTOS ZAMUDIO, como se advierte del registro civil de nacimiento visto a folio 103.
4. Que el señor JAIRO PINZON FAJARDO durante los meses de junio a septiembre de 2012 se desempeñaba como contratista de confianza (capataz) de Isidro López Mantilla en su condición de subcontratista del Consorcio Obras Santana 2011. Se acredita con las certificaciones vistas a folios 128 y 129.
5. Que el señor JAIRO PINZON FAJARDO fue capturado el 22 de septiembre del año 2012, en la calle 3 No. 4-03 sector centro de Municipio de Santana. (sentencia vista al folio 20)
6. Que a JAIRO PINZON FAJARDO, le fue impuesta medida preventiva de privación de la libertad intramural por solicitud de la Fiscalía Octava Local de Moniquira, avalada por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Moniquira, con funciones de Control de Garantías, la que se cumplió en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad Carcelario de Chiquinquirá. (sentencia 1ª instancia y f. 95)
7. Que JAIRO PINZON FAJARDO, le fue cambiada la medida de privación de la libertad intramural el día 26 de abril del año 2013 (hecho trece de la demanda) por la privación de la libertad extramural de prisión domiciliaria que se dio hasta el 30 de enero del año 2015 fecha en que le fue concedida libertad inmediata por parte del Tribunal Superior de Distrito Judicial Sala Penal, como se observa de la certificación vista a folio 96 y copia de la boleta de libertad vista a folio 91
8. Que el día 19 de noviembre del año 2013, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Judicial de Tunja, dictó sentencia condenatoria en contra de JAIRO PINZÓN FAJARDO. Acta folios 47 y 48.
9. Que Contra la decisión de condena, la defensa técnica interpuso recurso de Apelación, el cual fue resuelto por el Tribunal Superior Distrito Judicial de Tunja –Sala Penal- con providencia de fecha 28 de enero de 2015, revocando la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Judicial de Tunja y ordenando la libertad inmediata del demandante (sentencia 2ª instancia f. 49 a 89).
10. Que el demandante JAIRO PINZON FAJARDO, suscribió contrato de prestación de servicios profesionales con el abogado Jairo Eduardo Bermúdez Rodríguez el día 20 de diciembre del año 2013, para que lo asistiera como su defensor de confianza dentro del proceso penal que dio lugar a la privación de la libertad. Acta vista a folio 47 y contrato folio 130.

afm

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Fueron invocados los siguientes:

Constitución Política, -Artículos 1, 2, 6,5, 13, 15,16, 21, 25, 29, 43, 87 y 90.

Del orden legal

Los artículos 67, 68 y 69 de la Ley 270 de 1996.

Artículos 414 del CPP Decreto 2700 de 1991

Artículo 140 de la Ley 1437 de 2011.

Del orden jurisprudencial:

Vertical

Sentencias del H. Consejo de Estado, no aporta referencias.

Corte Constitucional sentencia No C-333 de 1996.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y MEDIOS EXCEPTIVOS.

4.1. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fls 157 a 171):

Advirtió que su entidad adelantó las actuaciones de acuerdo a la Constitución Política y las normas sustanciales y procesales, por ello que no era posible predicarle un defectuoso funcionamiento a la administración de justicia, ni menos la privación injusta de la libertad del señor Pinzón Fajardo.

De igual manera señaló que de conformidad con el artículo 250 Superior, la facultad jurisdiccional quedo en cabeza de la Rama Judicial, por ello aseveró que las decisiones que impliquen privación de la libertad son atribuibles solo al juez de conocimiento, de allí que el estudio de la medida de aseguramiento a imponer le corresponde al titular del despacho judicial a solicitud de la Fiscalía quien de acuerdo al material probatorio sugiere la medida a imponer.

Como excepciones propuso las que denominó:

a) **Inexistencia del daño**, la cual argumento en que no se tenía probados los daños y perjuicios morales como materiales causados a los demandantes, de esta manera explico que no era posible reconocer el daño de una mera conjetura.

b) **En cumplimiento de un deber legal** medio exceptivo que soportó advirtiendo que su prohijada en virtud del artículo 250 de la Carta Política adelantó las funciones de investigación en contra de Jairo Pinzón Fajardo, de esta manera advirtió que no se podía pretender que el Fiscal pudiese definir a ciencia cierta la responsabilidad del investigado, toda vez que solo se puede dar una vez se desarrolle el debate probatorio, con ello que el procedimiento se realizaba con la dirección del juez de Garantías.

c) **Falta de legitimación en la causa por pasiva**: la cual sustentó señalando que la Fiscalía General de la Nación con el

nuevo Estatuto de Procedimiento Penal no impone la medida de aseguramiento, que solo le corresponde adelantar la investigación, para de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, solicitar como medida preventiva la detención del sindicado, y que a quien le corresponde decidirla y decretarla es al Juez de garantías.

d) **No hay nexo de causalidad**, por cuanto estimó que no había nexo de causalidad entre las partes, en la medida que como lo había expuesto los hechos se dieron en vigencia de la Ley 906, entonces es el Juez quien determina la viabilidad de imponer o no la medida de aseguramiento.

Concluyó diciendo que ante posibles perjuicios morales a reconocer se deberían tasar de acuerdo a los parámetros de la Sala Plena del Consejo de Estado Sección Tercera, de igual manera que para los perjuicios de lucro cesante y daño emergente se debería tener en cuenta las pruebas y la imposibilidad de estimar cuanto devengaba en actividad laboral el actor.

4.2 RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL (fls 196 a 201).

Como se advirtió en audiencia inicial del día tres (03) de agosto del año 2017 (fl.216 y ss.)³, la entidad presentó contestación de demanda de manera extemporánea, de allí,- que no será tenida en cuenta.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

1. Trámite.

La demanda fue presentada el 07 de junio de 2016 (fl. 134); fue admitida el 18 de octubre de 2016 (fl. 145), auto notificado en debida forma a la parte demandada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio público el 10 de noviembre del mismo año (fls. 150 a 155), los términos para la contestación de la demanda (55 días) corrieron desde el día 11 de noviembre del año 2016 y hasta el día 21 de febrero del año 2017 (fl. 156), términos que fueron hechos a saber a las partes mediante auto de 13 de julio de 2017 a través del cual se señaló fecha y hora para llevar a cabo audiencia inicial (fl. 212), la que se celebró el 03 de agosto del año 2017 (fls. 216 y ss.). Del mismo modo, el día 27 de octubre de 2017, se dispuso la celebración de la audiencia de pruebas (fls. 263 y ss.) ordenando la presentación escrita de las alegaciones finales y el concepto del Ministerio Público (fl. 274).

³ Minuto 11.29 a minuto 09.38 del CD visto a folio 220-A.

2. Alegatos de las partes y traslado al Ministerio Público.

Por considerarse innecesaria la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento conforme al inciso final del artículo 181 del CPACA; ésta instancia dispuso la presentación por escrito de los alegatos por parte de los sujetos procesales, dentro de los diez (10) días siguientes a la audiencia mismo término en el que el Ministerio Público podría rendir su concepto si fuese del caso.

2.1. Parte Actora (fls. 277 a 299).

Estableció que era lógica la inocencia de Jairo Pinzón, de allí,- que el Honorable Tribunal Superior de Tunja en su sala Penal le hubiera reconocido la inocencia después de más de dos años que recobró la libertad, por ello, aseguró que el grave error era ostensible al haberse proferido una medida de aseguramiento que privó de la libertad al demandante principal, de esta manera adujo que esta medida fue ilegal, pues afirmó que el señor Pinzón no había cometido conducta reprochable penalmente.

Afirmó que el error que cometían los Funcionarios del Estado era no atenerse a lo que la ley predica, con lo anterior afirmó que la obligación de reparar el daño cometido por el Estado solo se liberaba si hubiera habido exclusiva culpa de la víctima o actuado con culpa grave o dolo o pretermitir los recursos de Ley.

Manifestó tener la claridad de que el señor Jairo Pinzón no indujo a la Fiscalía a proferir la medida de aseguramiento que lo privó de su libertad puesto que la investigación penal fue de exclusivo resorte y dirección de la Fiscalía y por ello,- agregó que esa entidad era la responsable de la privación de la libertad del demandante principal, aunado a ello informó que ni la Fiscalía ni el Juzgado de conocimiento atendieron los múltiples argumentos que demostraban la inocencia de Jairo Pinzón.

Por lo anterior expuso, que se encontraba probado que con la privación de la libertad del señor Jairo Pinzón, se le ocasionaron múltiples perjuicios materiales, como daño emergente y lucro cesante, pues estimó que la detención le impedía trabajar para producir el sustento de su familia, con ello,- que su núcleo familiar sufrió daño moral como se había demostrado en el período de prueba con los testimonios y en el interrogatorio de parte.

Por ultimo concluyó que se evidenciaba la relación de causalidad con el daño generado por el funcionamiento defectuoso de la administración de Justicia, de igual forma por el error de los operadores Judiciales y por la prolongación injusta de la libertad que a su parecer, fue lo que le causó los graves perjuicios al demandante y a su familia, por ello, solicitó condenar a los demandados.

2.2. Parte Demandada:

2.2.1 RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL. Guardó silencio en esta etapa procesal.

294

2.2.2. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. (fls. 280 a 287).

Dio inicio a sus alegatos advirtiendo que no existían en el libelo de la demanda ni en las pruebas anexas a ella, fundamentos facticos ni jurídicos que respaldaran la presunta falla en el servicio de la administración de justicia, error judicial y/o defectuoso funcionamiento de la Administración Judicial, y en consecuencia de la detención injusta de la libertad.

De igual forma aseguró que la Fiscalía General de la Nación había actuado en concordancia con la Ley existente para la época de los hechos y en cumplimiento de un deber legal, con lo anterior señaló que no se habían probado en el expediente los daños y perjuicios tanto materiales como inmateriales presuntamente causados a los demandantes, como consecuencia de la privación injusta de la libertad alegada por el demandante, la cual fue sustituida por domiciliaria.

De esa manera infirió, que de acuerdo con lo establecido por el Consejo de Estado, no se debía considerar el período total de 2 años, 5 meses y 8 días como una privación injusta de la libertad; pues dijo que no era igual la generación de daños si el detenido había estado todo el tiempo en intramuros, que en su domicilio donde podía tener relación directa con su familia.

Agregó que la jurisprudencia del Consejo de Estado, venia cogiendo fuerza en el sentido de que si bien la privación de la libertad fuera domiciliaria o en establecimiento carcelario podía generar unos perjuicios morales a la víctima directa como a su núcleo familiar, lo cierto es que no es lo mismo padecerla en las condiciones carcelarias, a las condiciones del hogar, donde podía estar con sus seres queridos además de las múltiples comodidades, lo que debería ser válido para bajar el monto de los perjuicios.

Afirmó que aunque no se tenía sentencia de unificación, la Sección tercera del Consejo de estado, en cuanto al reconocimiento de perjuicios morales había considerado que la tasación variaba si la privación fue carcelaria o se trataba de una restricción a la libertad reduciendo en un 50% cuando la detención carcelaria era sustituida por la domiciliaria.

Con lo anterior indicó que se generaban dudas sobre los ingresos mensuales del demandante Pinzón Fajardo; sobre el tipo de vivienda en la cual residía la familia Pinzón Bustos en el municipio de Muzo; sobre la excelente relación familiar alegada en la demanda entre el señor Pinzón Fajardo y sus menores hijos, porque aseveró que al parecer siempre estuvo alejado de ella, pues aseveró que no se identificó en estas entrevistas claramente el tipo de colegio donde estudiaban los hijos y los costos que debían sufragar por pensión y manutención.

Señaló, que la señora Deyanira afirmaba que no le constaba si el señor portaba o no armas, pues dijo que no convivía todo el tiempo con él. Además manifestó que la señora Deyanira Bustos se encontraba enferma antes de que su compañero fuera retenido, de igual forma advirtió que no obraba dentro del proceso el cronograma de visitas carcelarias que permitían establecer la frecuencia de visitas por parte de su familia.

fu

Informó, que los certificados emitidos por la DIAN, no reportaban los ingresos del señor Jairo Pinzón Fajardo durante los meses anteriores a la detención; así como de las retenciones por los pagos efectuados por la empresa donde laboraba; situación que se reiteró en lo que tiene que ver con los pagos realizados al abogado Eduardo Bermúdez Rodríguez que refirieron en la demanda.

De igual manera adujo que no había prueba en el expediente que permitiera certificar a ciencia cierta el trabajo como contratista de obras civiles que para el caso sería la copia del certificado de existencia y Representación Legal y Registro Único Tributario.

Por otro lado estimó que con el nuevo estatuto del código de procedimiento penal la Fiscalía General de la Nación no tenía la competencia para imponer la medida de aseguramiento, pues su función era adelantar la investigación, para que de acuerdo con las pruebas obrantes en ese momento procesal, solicitara si lo consideraba conveniente, como medida preventiva la detención del sindicado, por ello,- que le correspondía al Juez de Control de Garantías tanto el estudio de la solicitud, como el análisis de cada una de las pruebas presentadas por las partes y decretar más pruebas si lo estimaba procedente, para luego establecer la viabilidad de decretar o no la medida de aseguramiento, por lo que dijo que en últimas era el juez de Garantías quien decidía y decretaba la medida de aseguramiento a imponer en esta parte del proceso.

Citó jurisprudencia del H. Consejo de Estado para solicitar la exoneración de su entidad de toda responsabilidad, pues resaltó que no bastaba con que se hubiera emitido un fallo absolutorio para afirmar que la privación de la libertad fue injusta.

2.3. Ministerio Público. No presentó concepto en esta oportunidad.

II. CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos⁴.

En audiencia inicial del día tres (03) de agosto del año 2017 (fl.216 y ss.), se determinó como problemas jurídicos a resolver los siguientes:

1. ¿Son las demandadas, administrativa y extracontractualmente responsables de los perjuicios materiales y morales ocasionados a los demandantes, por la privación de la libertad de Jairo Pinzón Fajardo ocurrida entre el 22 de septiembre de 2012 y el 30 de enero de 2015, en curso de una investigación y proceso penal que se adelantó en su contra?
2. ¿Estaba obligado el señor Jairo Pinzón Fajardo, a soportar la carga de la detención preventiva de la que fue objeto?

⁴ Minuto 35.04 a minuto 35.37 del CD visto a folio 220-A.

295

2. Posición de las partes respecto al caso *sub examine*⁵.

2.1. Parte Demandante

Las entidades demandadas deben ser declaradas responsables a título de error jurisdiccional, privación injusta de la libertad y defectuoso funcionamiento de la administración de justicia toda vez que adoptaron decisiones contra la libertad de Jairo Pinzón Fajardo, sin contar con la suficiente evidencia y sin atender a la debida valoración probatoria para adquirir convencimiento y certeza sobre la comisión de un punible, lo cual conllevó a la detención injusta que se prolongó por más de dos años, lo cual causó perjuicios de orden material como inmaterial, tanto al privado de la libertad como a su núcleo familiar.

2.2. Fiscalía General de la Nación.

No existe en el libelo, fundamento fáctico, normativo o probatorio que sustente su responsabilidad pues en el modelo investigativo establecido en la Ley 906 de 2004, a la Fiscalía le compete solicitar las medidas de privación de la libertad pero no tiene la potestad de decidir sobre su concesión, con ello que la detención se produjo por parte de los miembros de la Policía Nacional bajo la denominada flagrancia.

Con lo anterior estableció que no podía endilgársele responsabilidad por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, error o la privación injusta de la libertad a la fiscalía, pues afirmó que su representada no ha desatendido sus deberes constitucionales enmarcados en el artículo 250 Superior, de igual manera que quien ostentaba la potestad de imponer medidas preventivas de aseguramiento del sindicado, con el nuevo Código de Procedimiento Penal era el juez de control de garantías, quien era el competente de valorar las pruebas aportadas al proceso, decretar las que considerada procedentes y decretar así la medida de aseguramiento a imponer.

2.3 Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial.

Pese a no haber contestado la demanda oportunamente, se señaló como tesis de este extremo de la pasiva que la Fiscalía General de la Nación incumplió con su carga probatoria, misma que no sirvió para soportar una declaración condenatoria, y en esa medida le corresponde a esa entidad atender el litigio y reparar los perjuicios.

4. De las excepciones.

Los medios exceptivos propuestos por la Fiscalía General de la Nación, penden de la prosperidad del fondo del asunto y por contera deben desatarse de consuno con los problemas jurídicos propuestos⁶.

⁵ Minuto 32.55 a minuto 34.57 del CD visto a folio 220-A.

⁶ Así se indicó en la sub etapa de decisión de excepciones de la audiencia inicial de fecha 7 de julio de 2016. Minuto 4:42 a 5:33

7/11

5. Marco Normativo y Jurisprudencial.

5.1. Régimen de responsabilidad y título de imputación.

El artículo 90 de la Constitución Política prevé que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos **que le sean imputables**, causados por la **acción o la omisión** de las **autoridades públicas** y que en el evento de ser condenado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

En efecto, la responsabilidad del Estado, ha sido elevada a rango constitucional con el fin de brindar protección a los derechos de los administrados y conforme señala la norma, esta responsabilidad extracontractual tiene como fundamento la **determinación de un daño antijurídico** causado a un administrado y la **imputación del mismo** a la administración pública **tanto por la acción, como por la omisión**.

En este punto, la jurisprudencia se ha pronunciado, en consideración a las variadas hipótesis y formas en que tienen ocurrencia los daños, teorías y regímenes para resolver las controversias que a diario se plantea, de manera que corresponde determinar sobre cuál o cuáles regímenes y títulos de imputación, es posible resolver el asunto sometido a consideración de la jurisdicción.

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto, es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual, se estructuraron en aquella, las imputaciones relacionadas con la responsabilidad de la Administración.

Recuérdese que la responsabilidad del Estado **por la privación injusta de la libertad**, se consagra de la siguiente forma en el artículo 65 y 68 de la Ley 270 de 1996:

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

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

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

Siendo del caso indicar que esta norma, en voces de la Corte Constitucional⁷ **no establece un único título de atribución** y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de

⁷ Sentencia SU 072 de 2018

296

medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio *iura novit curia*, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante.

Ahora, frente a los casos de absolución del sindicado, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, se pronunció en sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, dentro del expediente radicado No. 23.354, con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez, esto es cuando (i) el hecho no existió, (ii) el sindicado no lo cometió y/o (iii) la conducta es atípica, señalando que se configura la responsabilidad cuando el imputado o el condenado **en cualquiera de las etapas** haya sido absuelto lo que comprende también los eventos en los que se haya determinado la preclusión de la investigación.

Sin embargo, sobre el régimen de imputación ha sido amplia y variada la jurisprudencia, estando antecedida su evolución por **tres etapas** fundamentales abordadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 16 de febrero de 2017, dentro del expediente No. 76001-23-31-000-2008-01276-01(41044)A cuyo ponente fue el Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, de la siguiente forma:

“La responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad en su construcción normativa y jurisprudencial ha pasado por las siguientes etapas:

*En la **primera etapa** se consideró que debía aplicarse la teoría subjetiva o restrictiva, según la cual, esa responsabilidad estaba condicionada a que la decisión judicial de privación de la libertad fuera abiertamente ilegal o arbitraria, es decir, que debía demostrarse el error judicial.*

También se sostuvo que dicho error debía ser producto “de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso”.

Así las cosas, tal declaratoria de responsabilidad procedía porque la privación de la libertad fue ilegal porque la captura se produjo sin que la persona se encontrara en situación de flagrancia o porque se realizó sin orden judicial previa.

Dijo entonces el Consejo de Estado:

“Ella [la sindicada] fue retenida en el curso de la investigación relacionada con el aludido secuestro; y del hecho de que hubiera sido absuelta al final no puede inferirse que fue indebida su retención. La justificación de la medida aparece plausible y nada hace pensar que en ella mediarán circunstancias extralegales o deseos de simple venganza.

“La investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas

fu

las personas deben soportar por igual. Y la absolución final que puedan éstas obtener no prueba, per se, que hubo algo indebido en la retención. Este extremo, de tan delicado manejo, requería pruebas robustas y serias y no meras inferencias o conjeturas.”

*En una **segunda etapa**, el Consejo de Estado consideró que la privación injusta de la libertad por “error judicial” comprendía casos diferentes a los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal- eventos aquellos en los cuales la víctima debe demostrar lo injusto de su detención toda vez que en los del artículo 414 se presumen:*

“En este orden de ideas, fuera de los casos señalados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en los cuales la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad, cuando se pretenda obtener indemnización de perjuicios por esta causa, el demandante debe demostrar que la detención preventiva que se dispuso en su contra fue injusta; y, en tales eventos, habiéndose producido la detención preventiva por una providencia judicial, la fuente de la responsabilidad no será otra que el error jurisdiccional”

***En la tercera**, que es la que prohíja la Sala actualmente, sostiene que se puede derivar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad, cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación), incluyendo el evento del in dubio pro reo, aunque para la privación se hayan cumplido todas las exigencias legales ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho vea limitado su derecho a la libertad para luego resultar absuelto del cargo imputado.*

Y es que en un Estado Social de Derecho la privación de la libertad sólo debería ser consecuencia de una sentencia condenatoria, con el fin de proteger el principio universal de la presunción de inocencia establecido en el artículo 29 de la Constitución.

En consecuencia, se reitera que una vez que el juez de lo contencioso administrativo encuentre probado que el derecho fundamental a la libertad de una persona ha sido vulnerado como consecuencia de una decisión judicial, lo que constituye un daño antijurídico a la luz del artículo 90 de la C.P., debe ordenar su reparación.

En síntesis, la privación injusta de la libertad no se limita a las hipótesis previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 y además no interesa que ella sea intramural, domiciliaria, o consista en restricciones para salir del país o para cambiar de domicilio.

Esta idea vertebral se encuentra expresada como postulado en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 al disponer que "[q]uien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios," sin perder de vista que el artículo 70 de esa misma Ley prevé que "[e]l 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."(Resaltos fuera de texto legal)

Citada in extenso la postura, ha de resumirse que la *primera etapa* podría calificarse como restrictiva, pues parte del entendido de que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamenta en el error judicial⁸; la *segunda* se entiende en los tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P (derogado). – se itera absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, la responsabilidad es objetiva, y no requiere mayor estudio de la conducta del juez penal para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa⁹; por último se tiene la tendencia que rompe el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, y lo más importante, amplía el resguardo en casos concretos como la absolución por in dubio pro reo, llegando al punto de declarar la responsabilidad del Estado incluso en la absolución por estado de necesidad¹⁰

No obstante lo anterior, como quiera que lo que se busca es la administración de efectiva justicia, no es tarea del juez de conocimiento del medio de control de reparación directa, reconocer mecánicamente perjuicios u otros, derivados de una privación de la libertad donde por ejemplo la conducta del imputado o condenado tenga el alcance para establecer un eximente de responsabilidad estatal tal como v.gr. la "culpa exclusiva de la víctima"¹¹ pues aún en el caso en concreto en que se haya resuelto la absolución en aplicación de la máxima constitucional del in dubio pro reo, es posible que el Estado se exonere con la acreditación de que el daño provino de **una causa extraña**, esto es, que sea imputable a una fuerza mayor, el **hecho determinante y exclusivo de un tercero**, o que provenga de la **culpa grave de la propia víctima** en los términos del artículo 70 de la Ley 270 de 1996, así lo expresó la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 8 de marzo de 2017 dentro del expediente No. 25000-23-26-000-2010-00342-01(44497), donde fue ponente el Consejero Héctor Andrade Rincón.

⁸ Sección Tercera, sentencia del 1 de octubre de 1.992 (expediente 7058).

⁹ Sección Tercera, sentencia del 25 de julio de 1.994 (expediente 8666)

¹⁰ Sentencia del 20 de febrero de 2008 (expediente 15.980) esta cita fue reproducida en sentencia del H: Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Subsección A Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera sentencia del veintiséis (26) de agosto de dos mil quince (2015) Radicación: 88001233100020080003501 (38.252).

¹¹ ARTÍCULO 70 LEY 270 DE 1996 CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA. El daño se entenderá como culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado".

En este orden, se tiene que observar de manera acuciosa la conducta desarrollada por el sindicado en los hechos que dieron lugar a la privación de la libertad, pues del mencionado estudio se desprende si la misma fue injusta o no, y de contera determinar si esta debe ser reparada, o por el contrario como ya se advirtió, se encuentra presente un eximente de responsabilidad de las demandadas, esta tesis ha venido teniendo gran acogida por parte de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado misma que ha sido resaltada por el Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa cuando advirtió:

“(…) En suma, la Sala resalta que como se dijo en la parte conceptual de estas consideraciones, aunque el demandante fue absuelto por la justicia penal, ello no quiere decir, per se, que se configure la responsabilidad patrimonial de la administración, pues no puede pasarse por alto la culpa del penalmente investigado, ya que si bien su actuación no tuvo la magnitud para configurar el delito endilgado en su contra, sí exonera patrimonialmente a la entidad demandada.

En este sentido también se dijo que sí el actuar irregular y negligente de la parte actora no fue suficiente ante la justicia penal para proferir una sentencia condenatoria, en sede de responsabilidad sí lo es para encontrar acreditada la culpa grave y exclusiva de la víctima en los hechos que dieron lugar a la investigación penal y, por supuesto, a la privación de la libertad de la que fue objeto la parte demandante, y exonerar de responsabilidad a la entidad demandada¹²(…)”. (Subrayas del despacho)

En síntesis la nueva interpretación no pretende hacer una revaloración del proceso penal, pues el juez administrativo no es instancia de la jurisdicción ordinaria penal, lo que se busca en últimas es materializar y estructurar el juicio de responsabilidad estatal de forma tal que la condena esté debidamente sustentada, lo que en últimas exige al juez competente realizar en forma detallada una valoración de pruebas y hechos que permita ver lo antijurídico del daño.

Así lo ha considerado el H. Tribunal Administrativo de Boyacá¹³ cuando expuso:

(…) Finalmente, llama la atención de la Sala que en la providencia recurrida, se omitiera argumentación que valorara la conducta asumida por el accionante en la producción del daño que se reclama, máxime -si como en el caso- se trata de la vulneración de los derechos de un sujeto de especial protección constitucional, como lo son los niños/as. En efecto, en

¹² Consejo de estado Sección tercera Subsección C, sentencia veinticuatro (24) de agosto de dos mil diecisiete (2017), en el radicado 730012331000201000342 01 (43.818), siendo Consejero Ponente: DR JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, donde fuera actor RAFAEL MONTAÑA Y OTROS y demandada NACIÓN -FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- Y OTRO.

¹³ Tribunal Administrativo de Boyacá - Sala de Decisión No. 4 Magistrado Ponente: José Ascensión Fernández Osorio, proceso 15001333170320140001501 sentencia de 11 de julio del año 2017, donde fue demandante Luis Antonio Malpica y Otros,- Accionado: Nación - Rama Judicial -Fiscalía General de la Nación.

298

anteriores oportunidades esta Corporación ha exhortado a los jueces a exhaustivar el estudio de configuración de las causales de exoneración que aparezcan probadas en los casos de privación injusta de la libertad. En este caso es menester reiterar que en los casos donde estén involucrados menores de edad en calidad de víctimas, no se sigan manejando esta clase de asuntos por parte de los funcionarios judiciales bajo premisas "ad dictum simpliciter", es decir, aplicándose para ellos reglas de la generalidad de los casos, sin tener en cuenta que los niños/as en su condición de sujetos vulnerables y de especial protección, amerita no solo un tratamiento particular sino, además, especialísimo, al cual deben ajustarse las actuaciones de los operadores jurídicos a cuyo cargo correspondan tan delicados casos(...).

Finalmente, debe resaltarse que recientemente, la Sección Tercera del Consejo de Estado, se ha pronunciado frente a la configuración de eximentes de responsabilidad del Estado en los casos de privación injusta de la libertad, en específico, en relación con el hecho y la culpa de la víctima, así¹⁴:

"El marco normativo rector de la detención preventiva, para la época de los hechos, obraba en el artículo 28 de la Constitución y en los artículos 355, 356 y 357 de la Ley 600 de 2000 (...)

[D]e conformidad con lo establecido previamente en esta providencia, cuando la víctima haya actuado con culpa grave o dolo, o haya ocasionado el daño por un acto o hecho suyo, éste no tendrá carácter antijurídico (...)

[L]a Sala advierte que el hecho de la víctima y culpa de la víctima se han refundido dentro de un mismo concepto, ya que ambos eximen al Estado de la obligación de indemnizar los daños causados. Sin embargo, el hecho de la víctima y la culpa de la víctima tienen un elemento diferenciador (...)

Se presenta un hecho de la víctima, cuando su conducta, "sea determinante y exclusiva para la causación del daño, en tanto resulte imprevisible o irresistible", con independencia de su calificación dolosa o culposa. Por otra parte, se presenta culpa de la víctima cuando la conducta de esta hubiera incrementado el riesgo jurídicamente relevante de que se produjera el daño, como consecuencia del incumplimiento culposo de un deber jurídico a cargo suyo o del deber general de cuidado (...)

[E]l hecho de la víctima se centra exclusivamente en el potencial causal de la conducta de la víctima con respecto al daño que sufrió, mientras que la culpa exclusiva de la víctima se enfoca en el incumplimiento de un deber jurídico por parte de

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C Consejero ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas, 1 de octubre de 2018. Radicación número: 44001-23-31-000-2011-00099-01(46328) Actor: Eloy Segundo Flórez Epiayu y Otros. Demandado: La Nación – Rama Judicial

fu

la víctima, que incrementó el riesgo de que sufriera el daño que finalmente se materializó. El hecho de la víctima se presenta así cuando el daño fue ocasionado por la propia víctima, por lo que ésta tiene el deber de soportarlo; mientras que la culpa de la víctima se presenta cuando la víctima incumplió un deber jurídico, lo que aumentó el riesgo jurídicamente relevante de sufrir el daño, por lo que se le atribuye el deber jurídico de soportarlo. En este orden de ideas, cuando se presenta culpa de la víctima, el daño será atribuible a esta, mientras que cuando se presente un hecho de la víctima, el daño será ocasionado por esta (...)

Al constituir una causa ajena –como explican los hermanos Mazeud– el hecho de la víctima exige los elementos de la fuerza mayor, esto es, un carácter imprevisible e irresistible. No sucede lo mismo con la culpa de la víctima, ya que la concurrencia de la culpa o dolo de la víctima no implica una disrupción del elemento causal.

Por ello, para que la Administración sea eximida de responsabilidad por culpa de la víctima o, lo que es lo mismo, para que a la víctima se le atribuya el deber de soportarlo, se debe acreditar que, además de una violación de los deberes a los que está sujeto el administrado, existe una relación de causalidad exclusiva o determinante entre la conducta de la víctima y el daño. Además, el hecho de la víctima no debe ser imputable al ofensor, ya que en tal caso la culpa no recaería en la víctima, sino en el primero, al cual se le atribuiría el deber jurídico de repararlo.

De esta forma, el sujeto que incumplió un deber jurídico de conducta y, con ello, creó un riesgo jurídicamente relevante, asume “los reveses de la fortuna que le toquen”, como consecuencia de “un comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario” (...)

[C]uando el imputado, en las oportunidades que se le brindan a largo del proceso penal para comparecer y rendir descargos a fin de esclarecer los hechos, despliegue una conducta que impida el esclarecimiento de los hechos, estará faltando al deber constitucional de colaborar con la administración de justicia, consagrado en el artículo 95.7 constitucional.”

5.2. De los elementos de la responsabilidad del Estado.

5.2.1. Del daño

En lo que concierne al concepto de daño antijurídico, Javier Tamayo Jaramillo¹⁵, advierte que, éste es **aquel que el Estado**, en el ejercicio de su soberanía y de sus funciones, **no tiene derecho a causar**. O lo que es lo

¹⁵ La Responsabilidad del Estado, Páginas 32 – 33.

299

mismo: cuando el Estado causa un daño que no tenía derecho a causar, es responsable.

Se ha entendido jurisprudencialmente como:

“... el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación (Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, M.P: Alíer E. Hernández Enríquez)”.

En igual forma en sentencia de 26 de mayo de 2011, la Sección tercera de la misma Corporación dentro del expediente No. 19001233100019980340001 con ponencia del Consejero, doctor Hernán Andrade Rincón, indicó sobre el daño que se trata del *“perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”*

Sobre las características del daño, se tiene que la jurisprudencia ha dicho que éste debe ser **cierto, concreto o determinado y personal**¹⁶ de manera que no puede ser rodeado de incertidumbre, debe verificarse que existe, que es real, incluso actual o futuro, pero que no sea eventual e hipotético y afecte realmente a quien pide ser indemnizado¹⁷.

5.2.2. De la imputación jurídica.

La denominada imputación jurídica (*imputatio iure o subjetiva*) supone el establecer el **fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar** determinado perjuicio **derivado de la materialización de un daño antijurídico**, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política”

Al respecto, el Consejo de Estado ha reiterado que¹⁸:

“la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación

¹⁶ Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente No. 12166 ponencia de la Consejera María Elena Giraldo

¹⁷ Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia de 7 de mayo de 1998, expediente No. 10397 ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque.

¹⁸ Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 9 de junio de 2010; Rad. 1998-0569.

fu

jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas”

En este sentido, se tiene que el daño antijurídico puede ser ocasionado por el funcionamiento anormal de la administración que se concreta en el incumplimiento de una obligación legal.

Así, “el análisis del caso debe hacerse bajo el régimen de la falla del servicio, toda vez que según la jurisprudencia de esta Corporación en los casos en que se analiza la responsabilidad como consecuencia de la producción de daños, por omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus funciones, es necesario confrontar el deber funcional con el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto” (Negrilla del despacho)

5.2.3. Del nexo causal

Este requisito fundamental para endilgar la responsabilidad al Estado, se concreta como la **relación directa que tiene el hecho que causo el daño y el daño propiamente dicho**, es el vínculo inamovible que tiene que existir entre la -acción u omisión- del agente, ex agente o particular con funciones públicas transitorias, y el menoscabo del derecho ocasionado a la víctima.

Ha sido variada la doctrina y jurisprudencia que resalta lo transcendental del nexo de causalidad:

“El nexo causal se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona y declararla responsable como consecuencia de su acción u omisión, es indispensable definir si aquél aparece ligado a ésta por una relación de causa-efecto. Si no es posible encontrar esa relación mencionada, no tendrá sentido alguno continuar el juicio de responsabilidad. Salvo lo que se dirá más adelante, la jurisprudencia ha sido pacífica al establecer que el nexo de causalidad debe ser probado en todos los casos por el actor, independientemente de si el régimen de responsabilidad aplicable está fundamentado en la culpa, en la falla, o en alguno de los regímenes de responsabilidad objetiva. El nexo de causalidad es un elemento

*autónomo del daño y del fundamento que no admite, ningún tipo de presunción como sí lo admite la culpa o la falla”.*¹⁹

En concordancia con esa conceptualización se ha determinado que está en cabeza de quien pretende las indemnizaciones, probar de manera adecuada ese nexo de causalidad, carga procesal que nace previo a entablar el libelo y que obliga al actor a demostrar esa estrecha relación entre el daño sufrido y la acción u omisión cometida por la administración, al respecto ha manifestado el H. Consejo de Estado²⁰:

“En cuanto al nexo de causalidad:

El accionante también tiene que demostrar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada al Estado mediante prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho (s) el legislador infiera su causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante. La prueba del nexo puede ser: a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismo y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado”.
(Negrilla del despacho)

6. Del caso en concreto.

En este asunto, resultó demostrado que el señor Jairo Pinzón Fajardo identificado con cedula de ciudadanía No 7.278.864 de Muzo (Boyacá), fue sujeto de captura por parte de los policiales del Municipio de Santana-Boyacá, el día **veintidós (22) de septiembre del año 2012**, tal y como se advierte en el escrito de acusación visible a folio 1 a 5 del cuadernillo del proceso penal radicado No 2012-00076, ulteriormente fue cobijado con medida de aseguramiento de detención preventiva intramural, por ser presuntamente responsable del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, tal y como consta en el acta No 2012-0043 de **veintitrés (23) de septiembre del año 2012**, visible a folio 49 del cuadernillo penal No 2012-0043, según lo dispuesto por el Juzgado Promiscuo Municipal de Moniquira- Boyacá, autoridad que actuó en control de garantías de la medida de detención, solicitada por la Fiscalía General de la Nación.

Del mismo modo, que el apoderado judicial del imputado, presentó recurso

¹⁹ Las Causales Exonerativas de la responsabilidad extracontractual. Héctor Patiño Derecho Privado Universidad Externado, N.º 20, enero-junio de 2011, p. 371 a 373.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GÓMEZ Bogotá, D. C., dos (2) de mayo de dos mil dos (2.002). Radicación número: 70001-23-31-000-1994-3477-01(13477) Actor: RONIS JHON ZAMBRANO HERNÁNDEZ Y OTRO Demandado: NACIÓN (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL) Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

de apelación en contra de la imposición de la medida de detención, como se observa a folio 51 del cuaderno penal, medio de impugnación que fue despachado desfavorablemente por el Juzgado Penal del Circuito de Moniquira- Boyacá, en audiencia del 08 de octubre del año 2012 (fls.73 a 74 del Cuaderno Penal)

La anterior decisión, fue modificada a reclusión domiciliaria por el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Moniquira, **el día 25 de abril del año 2013** (f. 98 del cuaderno penal) haciéndose efectiva el día **27 de abril** de ese mismo año (fl. 96).

En ese sentido de acuerdo a lo expuesto en el libelo, y la prueba documental perteneciente al proceso penal No 2012-00076, se detalla que la privación de la libertad del señor PINZÓN FAJARDO, ocurrió durante los siguientes periodos y modalidades: desde el **22 de septiembre del 2012 hasta el 26 de abril del año 2013 en prisión intramural y desde el 27 de abril de 2013 hasta el 30 de enero del año 2015 en prisión domiciliaria**, lo que determina un periodo total de **2 años, 4 meses, y 8 días (860 días)**²¹ que contados en meses corresponden a **28.27 meses**.

Examinada la documental que acaba de referirse, encuentra este juzgado que la Fiscalía General de la Nación tuvo motivaciones para solicitar medida de aseguramiento al señor Jairo Pinzón Fajardo, basándose en los testimonios del Sargento Vice-Primero Benedicto Pineda Sánchez y el patrullero Orlando Suarez Trujillo e informe de policía y vigilancia en caso de captura y flagrancia suscrito por los mismos, quienes señalaron a Jairo Pinzón Fajardo como autor en el momento en que fue materializado el ilícito, argumentos que fueron atendidos por el Juez de control de garantías y por ello se materializó y mantuvo la detención.

Los anteriores medios de convicción aunado a los demás presentes en el proceso penal, determinaron que una vez culminado el trámite del proceso penal en sentencia de primera instancia de 19 de noviembre del año 2013, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento Distrito Judicial Tunja²², resolviera condenar al señor Jairo Pinzón Fajardo, indicando lo siguiente:

"(...) Tenemos que el arma de fuego de defensa personal que es encontrada por la policía, estaba sin permiso para porte por el procesado, por eso el obrar es típico.

Y a la vez es lesivo dado que el informe pericial? sobre idoneidad del arma nos indica la capacidad de percusión, aptitud e idoneidad del arma para ser afectar el bien Jurídico, existe entonces un injusto realizado por el procesado.

Como se observa es un tipo penal en blanco que remite a la normatividad existente en la materia, y es de los considerados de mera conducta en virtud de los cuales basta con la actualización

²¹ Los Demandantes erróneamente indican que el tiempo de privación de la libertad fue de 2 años, cinco (05) meses y (08) ocho días

²² Folios 154 a 186 del expediente penal.

301

de un obrar doloso extendido en el tiempo sin esperar el resultado para que se configure el comportamiento típico.

La Fiscalía allego al trámite el certificado de la autoridad militar en el que se informa que el procesado no tiene permiso para porte, con lo que se cumple el ingrediente normativo del tipo penal; el informe pericial da fe entonces de la capacidad de afectación del bien jurídico por ello se cumple la antijuridicidad material.

(...)

La responsabilidad se construye con lo relatado por los policiales pese el esfuerzo de la defensa, solo que el procesado está altamente comprometido en ello.

La experiencia indica que las personas libre y voluntariamente no asumen las consecuencias de los hechos que ellos no cometen, lo que se traduce en qué y para el caso, es determinante que se incauta un arma de fuego al mismo procesado, documentalmente ello no lo puede desconocer el despacho, como también que se ha pactado que no tiene permiso para porte digamos que estos dos elementos son suficientes para quebrar la presunción de inocencia.

Desde luego las versiones de los testigos unos y otros son disimiles pero no tiene sentido que los policiales digan mentiras en relación con los formatos que desde las audiencias preliminares presentan y de allí el inocente debe ayudar a la justicia en defenderse.

Contrario a lo expresado por la defensa en esas audiencias preliminares es importante lo que allí se exprese porque la justicia va sabiendo y aplicando filtros, al haberse incautado el arma sin oposición o reparo alguno en sede del juicio oral no es mucho lo que pueda hacerse en forma ordinaria salvo la exclusión del elemento o probar que efectivamente se vicia la voluntad de la persona en ello no hay prueba. Parte el estado de considerar legítima la actuación de los policiales, en todo caso ninguno de los testigos ha ubicado a estos en algo desviado que redunde en pro del procesado y fortalezca la absolución. (...)"

Esta decisión, por virtud del recurso de apelación, fue de conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, Sala Penal²³, Corporación que mediante sentencia de 28 de enero del año 2015 revocó la sentencia de primera instancia²⁴ indicando lo siguiente:

"Recapitulando la Sala considera que emerge duda que debe ser resuelta a favor del procesado, por los siguientes aspectos que se puntualizan así:

1.-A Jairo Pinzón Fajardo se le capturó porque en la llamada

²³ Folios 203 a 243 del expediente penal.

²⁴ Dicha decisión se encuentra ejecutoriada, toda vez que como consta al folio 245 del cuademillo penal, el día 04 de febrero del año 2015 venció el término de casación de la sentencia de segunda instancia.

fu

telefónica un informante señaló que una persona que vestía camisa azul celeste y jean gris, portaba un arma de fuego. Sin embargo se probó que el procesado ese día vestía jean de color azul. Por lo demás un testigo señala que el día de los hechos en el establecimiento había entre 15 a 20 personas y que varios de ellos vestían jeans azules. Además nada se dijo sobre los rasgos físicos supuestamente informados, que cotejados con las características del procesado hubieran conducido a una individualización plena.

2.-Los uniformados señalan que al llegar al establecimiento comercial el procesado se puso nervioso e ingresó en una bodega, presuntamente para esconder el arma de fuego. La actitud nerviosa de una persona es aspecto subjetivo, pero ese presunto estado de ánimo está contradicho por lo señalado por la dueña del establecimiento y uno de los testigos que acompañaban a Jairo Pinzón quienes señalan que el ingreso a la bodega no ocurrió para evadir la acción de la justicia sino porque ésta le había pedido el favor de sacar unas canastas de cerveza. Además una vez requisado Jairo Pinzón se retiró a la calle frente al establecimiento en compañía de José Danilo e Isidro y planearon las labores a realizar la siguiente semana en actitud que denota tranquilidad, nunca nerviosismo.

3.-No es cierto que el uniformado Orlando Suárez Trujillo haya percibido de manera directa el momento en que el procesado se deshizo de un arma de fuego que sacó de su cinto y que ocultó debajo de unos bultos de comida para cerdos, según su versión. La Sala hace esta afirmación porque el procedimiento realizado duró más o menos una hora, aspecto objetivo que desmiente al uniformado, porque si hubiera percibido directamente el lugar donde el procesado ocultó el arma, a no dudar el procedimiento se hubiera realizado en un muy breve lapso. Tampoco hubiera sido necesario remover los bultos de comida para cerdos ni las canastas de cerveza, como lo refirió con detalle la dueña del establecimiento. Además porque después de exhaustiva búsqueda un uniformado le preguntó a doña Ofelia si le habían dado a guardar un arma o si ella la había ocultado, aspecto que indica que no la encontraron fácilmente ni mucho menos que el uniformado hubiera percibido el momento y el sitio en el que el procesado presuntamente se deshizo de la misma.

4.-Salvo la dueña de la tienda Ofelia Santamaría Sánchez y los uniformados, las demás personas que concurrieron a declarar al juicio oral no se enteraron del hallazgo del arma, ni mucho menos la vieron en poder de los policías el día del operativo, aspecto de trascendental importancia porque si el arma hubiera sido encontrada en las condiciones relatadas este hecho hubiera sido percibido por todos los presentes.

302

5.- Si bien es cierto el procesado firmó el acta de incautación del arma y se demostró que no tenía permiso para poder, no lo es menos que éste señala que ese documento estaba sin diligenciar, que nunca se enteró de la razón o motivo de su captura y que supuestamente firmó un papel donde autorizaba su traslado a la ciudad de Moniquira. Este aspecto está corroborado de alguna manera por los presentes cuando dicen que al procesado no le leyeron los derechos del capturado, que no supieron la razón de la captura de la que incluso solo se enteraron al día siguiente, que no percibieron en el operativo ninguna clase de arma, que las fotos del arma se tomaron en el establecimiento 20 minutos después de capturado Jairo Pinzón, que a Doña Ofelia le pidieron sus datos personales que consignaron en una hoja y que firmó un documento desde luego en blanco en razón a que las actas fueron diligenciadas en el comando de policía.

En síntesis la Sala considera que la fiscalía no logró desvirtuar la presunción de inocencia en razón a que no está probado que el arma que encontró la policía haya sido portada por el hoy procesado Jairo Pinzón y que por tanto sea el autor responsable de dicha conducta.(...)

En el presente caso la fiscalía no demostró que era atribuible a Jairo Pinzón Fajardo el porte del arma encontrada en el establecimiento comercial JC del municipio de Santana por uniformados de la policía nacional y por lo tanto no está obligado a sufrir las cargas que el Estado atribuye a quienes se demuestra son plenamente responsables de la realización de las conductas punibles. „ ,

Consecuentemente la **Sala considera que los motivos de impugnación de la defensa están llamados a prosperar y en aplicación del principio rector contenido en el artículo 7° del C.P.P., la duda que se presenta debe ser resuelta a favor del procesado, pues la fiscalía no logró abatir la presunción de inocencia de la que goza el procesado Jairo Pinzón Fajardo (...)**. (Subrayado fuera de texto legal).

Pese a ser condenado en primera instancia, debe decirse que según el análisis del fallo emitido por el a-quem, el señor **JAIRO PINZÓN FAJARDO debió ser beneficiario de la aplicación del principio del in dubio pro reo y ser absuelto del cargo que le fue imputado.**

Así las cosas, lo primero que habrá de decirse, es que **se encuentra acreditado el primer elemento de la responsabilidad que es el daño** y que si bien es cierto las razones, tanto de la Fiscalía como del Juez de control de garantías y conocimiento, estuvieron precedidas de serios y fundados motivos que les llevaron a pedir y decretar la privación de la libertad de quien otrora fuese juzgado penalmente, lo cierto es que las resultas del aludido trámite fueron las de la absolución del procesado y su consecuente libertad, circunstancias de las que advierte la jurisprudencia que

Am

se invocó en el marco normativo y que se ajustan al caso en concreto, dando lugar a la configuración de la responsabilidad del Estado.

En efecto, conforme lo ha señalado la sección Tercera del Consejo de Estado, lo que se espera en un Estado Social de derecho, es que la privación de la libertad de un ciudadano, esté precedida de una condena acorde con su falta y que en el caso de marras no resultar así, de allí, el Estado- en casos como este responda por el daño que se causa a quien se vio afectado en su bien jurídico libertad al resultar absuelto, por la razón que sea, incluso por duda, como ocurre en el presente asunto.

En efecto, los elementos de la responsabilidad del Estado por privación de la libertad consagrados en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996²⁵, se hallan demostrados en este asunto y correspondía entonces a las autoridades demandadas demostrar que se había configurado algún hecho constitutivo de eximente de responsabilidad²⁶, **circunstancias que tampoco el despacho, de oficio, ha encontrado que se hayan materializado para relevar al Estado de responder por los perjuicios que se causaron a Jairo Pinzón Fajardo al ser privado de la libertad por el término de 28.27 meses**, o al menos para atenuarla y en consecuencia el mencionado ciudadano hoy demandante no se hallaba obligado a soportar la carga de su detención y debe ser reparado lo mismo que sus familiares, pues al inferirse el daño irrogado al procesado absuelto, las relaciones de parentesco y afecto, transmiten a ellos, las consecuencias del daño causado por la privación de la libertad²⁷.

En efecto, como se señaló atrás, la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, implica una responsabilidad en la que no resulta necesario ahondar en la existencia de un error cometido por la autoridad judicial, a la víctima le basta con demostrar que se impuso en su contra una medida privativa de la libertad en el trámite de un proceso judicial y que ese proceso culminó con decisión favorable a su inocencia; de la misma forma, le basta con demostrar la ocurrencia del daño a causa de la detención, para que surja a cargo de la administración, la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos.

De igual forma, de las documentales allegadas al proceso, y en virtud también de las testimoniales²⁸ se puede establecer que **no existe asomo de duda en que el comportamiento del señor Pinzón Fajardo haya influido**

²⁵ "Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios"

²⁶ Hecho de la víctima, hecho de un tercero, causa extraña, etcétera

²⁷ Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de 26 de noviembre de 2015, Consejero Ponente doctor Danilo Rojas Betancourth: "el Consejo de Estado ha reiterado que corresponde a la parte actora acreditar los elementos que configuran la responsabilidad, a saber: actuación del Estado, daño antijurídico e imputación, elementos que se encuentran suficientemente acreditados en el expediente con la prueba de la privación de la libertad y la posterior sentencia absolutoria a favor del demandante, pues fue una decisión de la Fiscalía General de la Nación, la que determinó que (...) estuviese privado de su libertad, hasta demostrarse que no cometió el ilícito que se le inculpó. En cambio, es a la parte accionada a quien le corresponde demostrar, mediante pruebas legales y regularmente traídas al proceso, si se ha dado algún supuesto de hecho en virtud del cual pudiese entenderse configurada la causal de exoneración por hecho exclusivo y determinante de la víctima." (subrayas fuera de texto).

²⁸ Grabación 1 y folio 276 del expediente

303

en la privación de su libertad, pues todo señala que no tenía contacto con armas con anterioridad a su detención, adicionalmente las documentales aportadas en el proceso penal²⁹, permiten advertir la inexistencia en el presente proceso de cualquier eximente de responsabilidad de las accionadas.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la falta de legitimación en la causa que fue alegada por la Fiscalía General de la Nación, debe decir el despacho que tanto el ente acusador como Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura- Dirección Administrativa de Administración Judicial, tuvieron participación en la solicitud, decreto y mantenimiento de la detención preventiva del señor Pinzón Fajardo, dadas sus competencias constitucionales y legales, la Fiscalía como ente acusador y el Consejo Superior de la Judicatura – Dirección de Administración Judicial en representación de la Rama Judicial, como autoridad del control de garantías de la medida restrictiva de la libertad, de manera que se encuentra configurado el elemento de la imputación del daño a las entidades demandadas.

De contera, debe analizarse si entre el hecho de las entidades demandadas y el daño antijurídico **existe un nexo de causalidad**, para lo cual bastará con decir que si la medida de aseguramiento no se solicita y decreta en el proceso penal que se adelantó, el señor Pinzón Fajardo jamás hubiese sufrido prisión intramural y domiciliaria de manera que el nexo causal resulta evidente en el presente asunto y en consecuencia fuerza declarar solidariamente responsables tanto a la Rama Judicial-Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial como a la Fiscalía General de la Nación, de los perjuicios causados a los accionantes de acuerdo con los montos y porcentajes que más adelante se señalan.

En este orden, las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del daño, cumplimiento de un deber legal e inexistencia del nexo causal deben declararse no probadas pues fueron suficientemente acreditados los elementos de la responsabilidad estatal sin que –se itera- se haya probado la ocurrencia de eximente alguno.

6.1. De la determinación de los perjuicios.

Así las cosas, fuerza pasar a examinar el despacho entonces, cómo debe concretarse la indemnización de los perjuicios causados no sólo a la víctima de la detención sino a los demás demandantes que los reclaman.

Los demandantes de acuerdo al libelo pretenden las siguientes sumas (f. 9-10):

PERJUICIOS MATERIALES	
DAÑO EMERGENTE	
VALOR	BENEFICIARIO- CONCEPTO
(\$50.000.000.00) Cincuenta Millones de Pesos.	Para JAIRO PINZÓN FAJARDO. Pago de honorarios al profesional del derecho JAIRO EDUARDO RODRÍGUEZ BERMÚDEZ,

²⁹ Ver folio 1 a 32 del cuadernillo anexo 1 del expediente penal.

fu

	y gastos de desplazamiento a diligencias en el proceso penal por parte de los familiares.
LUCRO CESANTE	
\$ 87.000.000 Ochenta y Siete Millones de Pesos	Para JAIRO PINZÓN FAJARDO. Por el periodo que estuvo privado de la libertad y no pudo laborar.
PERJUICIOS MORALES	
100 SMMLV	A favor del señor JAIRO PINZON FAJARDO, por concepto de daño moral como victima directa .
100 SMMLV	A favor de la señora DEYANIRA BUSTOS ZAMUDIO por concepto de daño moral en calidad de compañera permanente .
100 SMMLV	A favor de DIEGO ALEXANDER PINZON BUSTOS, por concepto de daño moral en calidad de hijo .
100 SMMLV	A favor de BRAYAN ESTIVEN PINZON BUSTOS, por concepto de daño moral en calidad de hijo .
100 SMMLV	A favor de MARYI YULIANA PINZON BUSTOS, por concepto de daño moral en calidad de hija .
100 SMMLV	A favor de HOLMAN ANDRES BUSTOS ZAMUDIO, por concepto de daño moral en calidad de hijastro .

De los perjuicios materiales:

a.Daño emergente.

Este concepto, se encuentra comprendido según el libelo por los honorarios que el señor JAIRO PINZÓN FAJARDO tuvo que pagar al profesional del derecho que se hizo cargo de su defensa en el proceso penal en el cual resultó absuelto, de igual forma en los gastos que al parecer sufragaron los demandantes miembros del grupo familiar en los desplazamientos a las audiencias penales.

Lo primero que dirá este despacho es que no obra discriminación de cuales fueron los gastos en que incurrieron los familiares del señor JAIRO PINZÓN FAJARDO al momento de la privación injusta de la libertad, pues del libelo solo se extrae que este concepto se demanda por transporte, hoteles, alimentación y otros (fl. 9), pero como un deber incumplido de la parte demandante, no fue aportada prueba sumaria en el plenario del pago en razón de esos conceptos, su cuantía y demás a efectos de que esta instancia judicial pudiese reconocer como ciertas las aseveraciones de los demandantes.

Por otro lado, tampoco fue demostrado que personas fueron las que asumieron esos gastos, o quienes asistieron a las diligencias penales o el lugar de reclusión, pues como bien lo advirtió la apoderada de una de las entidades demandadas no obra dentro del expediente (fl.282), las constancias o certificaciones emitidas por parte del centro de reclusión de la

304

frecuencia y nombre de los visitantes del señor PINZÓN FAJARDO, sobra decir en el tiempo que estuvo en prisión intramural, de igual forma tal y como lo señaló la señora Deyanira Bustos Zamudio, los mismos obtenían al momento de la privación de la libertad el sustento de **la caridad** de otros familiares y demás miembros de la comunidad (grabación 2, minuto 18.20 a minuto 19.31 del folio 276), misma aseveración hecha por el testigo Marco Fidel Mahecha (grabación 1, minuto 05.55 a minuto 07.58 del folio 276).

Por lo anterior no podrá accederse a este perjuicio material – daño emergente, pues como se dijo no está probado en debida forma los diez millones de pesos (\$10.000.000.00) que aducen haber solventado los familiares en el proceso penal de su familiar confinado, resáltese además la inexistencia en la foliatura de facturas o tiquetes expedidas por los hoteles y empresas de transportes con el lleno de requisitos legales para poder acceder a esta pretensión.

Ahora bien, sobre los honorarios del abogado Rodríguez Bermúdez, debe decir este estrado judicial que revisado el expediente se encuentra que éste supuesto al igual que el anterior se halla huérfano de prueba fehaciente y en consecuencia no puede accederse a su reconocimiento,- amen- que a folio 130 del cuadernillo principal aparece un contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre el señor PINZÓN FAJARDO y su defensor, sin embargo en este documento, pese a que se da cuenta del monto de los honorarios, y otorga especificidad sobre las condiciones contractuales en lo que tuvo que ver la defensa desarrollada, no fue acompañado de un paz y salvo, certificado de pago o transacción bancaria o un recibo u otro documento o medio idóneo que permita inferir que el pago se tales estipendios se cumplió en la realidad, pues conforme a las reglas de la experiencia la suma consignada en el contrato no es una que de ordinario de maneje de manera apresurada, y de la misma deben quedar registros que se repite no se hallan en el trámite.

No sobre señalar que los demandantes en su libelo, presentan incoherencias, pues el total de pretensión asciende a cuarenta millones de pesos (\$ 40.000.000.00) (fl. 9), pero en el hecho 22 advierte que le fueron pagados solo veinte millones de pesos (\$ 20.000.000.00) (fl.7), circunstancia que no otorga claridad de lo efectivamente pagado por concepto de honorarios profesionales.

Tampoco de las pruebas testimoniales y de los interrogatorios de parte recaudados puede desprenderse la veracidad del pago o del monto de los honorarios pagados, adviértase que ni el señor Pinzón Fajardo ni los demás declarantes expresaron cuestión alguna para dar fe del pago realizado; si bien es cierto, el despacho no puede pasar desapercibido que la gestión se cumplió por parte del profesional pues se ha tenido a la vista el expediente penal y allí aparece plena prueba de la citada gestión judicial, no lo es menos que a folio 111 aparece renuncia de poder del citado jurista indicando encontrarse a paz y salvo por los honorarios sin indicar cuál fue el monto, siendo carga del demandante, acreditar dicho pago en debida forma incumplimiento probatorio y procesal que le hace acarrear con la falta de reconocimiento.

9/11

Sobran mayores consideraciones para señalar que no se accederá al reconocimiento de perjuicios materiales por daño emergente conforme a lo expuesto.

b. Del lucro cesante.

El lucro cesante se ha hecho consistir en los salarios y prestaciones presuntamente dejados de percibir por Jairo Pinzón Fajardo con motivo de su privación de la libertad.

Valga anticipar que el despacho una vez examinado el expediente penal y la prueba recaudada en este medio de control, ha podido establecer que el señor Pinzón Fajardo, se ocupaba para la fecha de su detención en el año 2012 en la actividad de construcción de obras civiles y que éste era quien sostenía el hogar.

Partiendo de esas premisas, se tiene que a folio 128 (documento que no fue tachado de falso por la parte demandada) aparece una certificación suscrita por el señor Isidro López Mantilla, quien indicó que el señor Pinzón Fajardo, se desempeñaba laboralmente como contratista de confianza (capataz) en las obras de Santana (Boyacá) y que éste se había retirado por la captura en un proceso penal, si bien de la documental se da fe del desempeño laboral del demandante principal, este despacho judicial no podrá tener por cierta la cuantía salarial certificada (\$3.000.000.00) por el señor López dadas las siguientes inconsistencias:

a) El señor Isidro López Mantilla, quien estimó ser el sub contratista del Consorcio Obras Santana 2011, no ratificó el contenido de la certificación que por demás está sin fecha de suscripción, pues pese a ser decretado el medio de convicción perteneciente a la prueba testimonial del señor López Mantilla mediante auto dictado en audiencia inicial del día tres (03) de agosto del año 2017 (fl.218 vto.), el mismo fue desistido por solicitud directa del demandante en audiencia de práctica de pruebas adelantada el día viernes 27 de octubre del año 2017 (fls. 263 y 265 minuto 03.55 a minuto 04.35 del Cd No 1 visto a folio 276).

b) El contenido de la precitada certificación vista a folio 128, difiere de lo dicho en audiencia de pruebas por parte del propio Jairo Pinzón Fajardo, cuando se le preguntó por quiénes eran los encargados del pago, pues refirió recibir dinero por parte de tres ingenieros de nombre Suba, Geimar y Salvador³⁰, en cuantía de un millón de pesos (\$ 1.000.000.00) cada uno, lo que no permite establecer con claridad de cuánto era el valor real percibido ni quien pagaba el salario de cualquier índole al demandante, pues éste afirmó que aparte de los tres millones certificados, era maestro contratista, lo cual hace perder certeza al monto de lo devengado por su actividad.

c) Adicionalmente de las documentales vistas a folio 234 a 237, expedidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia (DIAN), se advierte que el demandante principal señor Jairo Pinzón Fajardo, para los años 2010, 2011 y 2012, no fue declarante de impuesto a la renta, lo que sin lugar a dudas y bajo las reglas de la experiencia hubiese sido obligatorio,

³⁰ grabación 2, minuto 28.28 a minuto 28.54 del folio 276

305

pues el tope para el año 2011 fue para ingresos superiores a \$ 35.185.000³¹ y para el año el año 2012 fue de \$ 36.469.000.00³², situación que en efecto no permite tener convicción del ingreso mensual del demandante al momento de la captura.

d) Por último, tampoco de los testimonios de los señores Marco Fidel Mahecha y José Ángel Eudocio Pérez, se puede determinar cuál fue el monto del salario, pues una vez se le preguntó al primer testigo citado cuánto se ganaba neto el señor Jairo Pinzón Fajardo, este indicó que se ganaba entre 5, 8 o 10 millones de pesos, pero el mismo fue enfático en afirmar que su conocimiento era basado en **comentarios**³³, por su parte el otro testigo señor Eudocio Pérez, señaló que el demandante devengaba tres millones de pesos (\$3.000.000.00), sin embargo no justificó en debida forma cuando se le preguntó el porqué de ese monto, adicionalmente, se advirtió en la audiencia de pruebas que el testimonio de éste testigo no se presentaba espontáneo de manera que su relato no puede tenerse como prueba para establecer la cuantía de lo devengado por el señor Pinzón Fajardo³⁴.

No obstante lo anterior, el material probatorio permite estimar en resumen que la actividad declarada por la víctima de la privación en efecto es la anunciada como maestro de obra, misma que desarrollaba hasta el día en que fue detenido y que conforme a **su propio** dicho el monto del salario percibido era de un millón de pesos mensual (\$1.000.000.00 M/CTE), suma que por contera dejó de percibir por haber sido confinado, pues se itera, no hay prueba idónea para demostrar lo adicional y presuntamente pagado por los ingenieros³⁵.

No sobra señalar en este punto que la jurisprudencia ha sido unificada³⁶ en el sentido de indicar que frente al lucro cesante en la privación de la libertad, se requiere que se acredite que la víctima de la referida privación, al momento de la ocurrencia de ese hecho dañoso, es decir cuando fue detenida, se encontraba en edad productiva, en el sub lite, se tiene que el señor Jairo Pinzón Fajardo tenía 35 años de edad al momento de su detención y, en todo caso, del material probatorio arrimado, se acreditó, como ya se dijo, que se desempeñaba como maestro de obra, siendo ésta una actividad productiva económica.

³¹ Tomado de <http://www.accounter.co/boletines/contribuyentes-no-obligados-a-declarar-renta-ano-gravable-2011.html>

³²[http://www.comunidadcontable.com/BancoConocimiento/N/noti12122601\(personas_naturales_obligadas_a_declarar_renta_por_el_ano_gravable_2012\)/noti12122601\(personas_naturales_obligadas_a_declarar_renta_por_el_ano_gravable_2012\).sp](http://www.comunidadcontable.com/BancoConocimiento/N/noti12122601(personas_naturales_obligadas_a_declarar_renta_por_el_ano_gravable_2012)/noti12122601(personas_naturales_obligadas_a_declarar_renta_por_el_ano_gravable_2012).sp)

³³ grabación 1, minuto 09.45 a minuto 11.47 del folio 276

³⁴ grabación 1, minuto 35.03 a minuto 52.06 del folio 276

³⁵ Ver grabación 2, minuto 28.28 a minuto 32.00 del folio 276" indica que los tres ingenieros le pagaban un millón de pesos de cada uno, pero que su ingreso era en promedio 3.700.000.00 o 4.000.000.00, por lo que al no encontrarse probado el salario presuntamente pagado por los ingenieros, se tomara la diferencia en favorabilidad del demandante de un millón de pesos (1.000.000.00).

³⁶ Sala Plena de la sección Tercera del Consejo de Estado, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E), 28 de agosto de 2014. Radicación número: 68001-23-31-000-2002-02548-01(36149) Actor: José Delgado Sanguino y Otros Demandado: Dirección Ejecutiva De Administración Judicial

29

Entonces dado el período que duró la detención, puede decirse que el señor Jairo Pinzón Fajardo, dejó de devengar la suma mencionada en el aparte *ut supra* en un periodo total de 2 años, 4 meses, y 8 días (860 días) que contados en meses corresponden a **28.27 meses**, guarismo que deberá incrementarse en un **25%** como valor de las prestaciones sociales, que habría devengado si no hubiese sido privado de la libertad.

Con estas variables será aplicada la fórmula establecida para el cálculo del lucro cesante consolidado señalando que por tratarse de una privación de la libertad sucedida en el año 2012, la suma que por salarios y prestaciones devengada la víctima debe ser actualizada conforme la formula aceptada por la jurisprudencia, al respeto adviértase:

La fórmula aplicable es la siguiente:

$$Ra = 1.000.000.00 \text{ (salario)} + 250.000.00 \text{ (prestaciones 25\%)} = 1.250.000.00$$

$$Ra = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde:

Ra: Renta actualizada a establecer;

Rh: Renta histórica que se va a actualizar: \$ 1.250.000.00

IPC (f): Es el índice mensual de precios al consumidor final, es decir, el último conocido a la fecha en que se realiza la actualización: **143,26677**

IPC (i): Es el índice mensual de precios al consumidor inicial, es decir, el correspondiente al mes de agosto de 2012 (por ser el IPC anterior a la privación de la libertad: **111,36807**

Es decir que la suma para tasar el lucro cesante es \$1.250.000.

Ahora aplicando la fórmula para el año 2019 el salario con prestaciones asciende a un total **\$ 1.608.032**

$$Ra = (\text{salario}) + (\text{Prestaciones 25\%}) \text{ actualizado} = \$ 1.608.032$$

Entonces tenemos que

i es una constante 0.004867

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

$$S = \$ 1.608.032 \frac{(1 + 0.004867)^{28.27} - 1}{0.004867} = \$ 48.608.416,00$$

$$S = \$ 48.608.416,00$$

Así las cosas las demandadas al haber resultado imputable el daño irrogado, deberán pagar a título de perjuicios materiales por lucro cesante al señor

306

Jairo Pinzón Fajardo, la suma de cuarenta y ocho millones seiscientos ocho mil cuatrocientos dieciséis pesos m/ cte **(\$48.608.416,00).**

De los perjuicios Morales:

De conformidad con las reglas de tasación de perjuicios morales³⁷ referentes para la reparación de perjuicios inmateriales se tiene que el Consejo de Estado ha establecido los siguientes parámetros, los cuáles reiteró en sentencia de unificación³⁸:

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Victima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Victima directa	35% del Porcentaje de la Victima directa	25% del Porcentaje de la Victima directa	15% del Porcentaje de la Victima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

Entonces, de acuerdo a la tabla, al haber estar privado de la libertad un total de 2 años, 4 meses, y 8 días (860 días) que contados en meses corresponden a **28.27 meses**, los demandantes de acuerdo al nivel de parentesco tienen derecho a una indemnización que está posiblemente en los **100 SMMLV**, **empero de acuerdo a las circunstancias del caso en particular se deben hacer varias aclaraciones y cálculos aritméticos que permitan una adecuada indemnización.**

De conformidad con lo anterior se tiene entonces que *“Para los niveles 1 y 2 se requiere la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros; para los niveles 3 y 4 es indispensable además la prueba de la relación afectiva; y para el nivel 5 sólo se exige la prueba de la relación afectiva”*.³⁹

Nivel 1 del caso en concreto:

La **víctima directa** del daño antijurídico resulta ser Jairo Pinzón Fajardo, de manera que le asiste el derecho a ser indemnizado por perjuicio moral por haber estado privado de la libertad **en término superior a 18 meses**, por un valor de 100 s.m.l.m.v.

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Documento Final Aprobado Mediante Acta del 28 de agosto de 2014. “Referentes Para La Reparación De Perjuicios Inmateriales”, documento ordenado mediante Acta No. 23 del 25/sep/2013 con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales.

³⁸ *Ibidem* nota 30

³⁹ *Ibidem* nota 8

[Handwritten signature]

De la misma forma, por haberse acreditado con la declaración extrajudicial vista a folio 97 y la testimoniales recaudadas(CD folio 276) se tiene que el señor Jairo Pinzón Fajardo y la señora Deyanira Bustos Zamudio, hacen vida marital, es decir que ésta es su **compañera permanente**, quien no sobra decir, tuvo que pasar necesidades para la atención del hogar, pues del testimonio de Marco Fidel Mahecha (06.14 grabación 1 cd visto a folio 276) y los demás, coincidieron en que aquella, tuvo que trasladarse de la casa de habitación donde tenían su hogar, dado a la escases de recursos económicos por el encarcelamiento de su pareja, situación que bajo las reglas de la experiencia determinan un perjuicio moral ineludible e irrefutable, adicionalmente, tuvo que estar a la caridad de amigos y familiares por no ejercer ninguna actividad económica pues era su compañero quien sufragaba los gastos del hogar, además de su padecimiento por la enfermedad catastrófica que ya la quejaba desde antes y que quedó debidamente demostrada (fls.109 y ss.)

Así las cosas, le corresponde a Deyanira Bustos Zamudio, por perjuicio moral el equivalente a 100 s.m.l.m.v.

Ahora, para el caso de los hijos de la víctima Diego Alexander Pinzón Bustos, Brayan Estiven Pinzón Bustos y Maryi Yuliana Pinzón Bustos, por concepto de daño moral en calidad de hijos, se probó a través de documental como aparece a folios 100 a 102, que éstos pertenecen al primer grado de consanguinidad en línea descendiente, lo cual basta para indicar que les asiste el derecho a recibir por perjuicio moral el equivalente a 100 s.m.l.m.v cada uno.

De la calidad del hijo de crianza de la víctima.

Lo primero que habrá de esclarecerse es la calidad de hijo de crianza del señor Holman Andrés Bustos Zamudio (hijastro), quien asegura tener esta calidad, pese a que no es hijo biológico de la víctima de la privación injusta de la libertad señor Jairo Pinzón Fajardo, quien también asegura tener la calidad de padrastro.

Esta situación fue ratificada en el testimonio del señor Marco Fidel Mahecha, quien aseguró que el demandante principal tenía 4 hijos (audio 1 cd folio 276 minuto 16.24), de igual manera se desprende de los interrogatorios de parte de los señores Deyanira Bustos Zamudio y Jairo Pinzón Fajardo cuando respondieron:

“Preguntada, ¿desde cuándo hace vida marital con JAIRO PINZÓN FAJARDO? Respondió: ya hace 18 años, Preguntada, ¿cómo esta entregado el núcleo familiar formado por ustedes dos? Respondió: mis cuatro hijos HOLMAN ANDRES BUSTOS ZAMUDIO, DIEGO ALEXANDER PINZON BUSTOS, BRAYAN ESTIVEN PINZON BUSTOS y MARYI YULIANA PINZON BUSTOS (...)”⁴⁰. (Subraya del despacho)

Y de Jairo Pinzón Fajardo:

⁴⁰ audio 2 cd folio 276 minuto 03.46 a minuto 04.16

307

"Preguntado ¿cómo se encontraba conformado su grupo familiar para el momento de la privación de la libertad el 22 de septiembre del año 2012? **Respondió:** DEYANIRA BUSTOS, HOLMAN ANDRES, DIEGO ALEXANDER, BRAYAN ESTIVEN y MARYI YULIANA y mi suegros (...)" (Subraya del despacho)

Revisadas la testimonial y los interrogatorios de parte, a juicio de este despacho no existe duda de la legitimidad en la parte activa del señor Holman Andrés Bustos Zamudio, pues adviértase que todos los declarantes aprobaron y dieron fe de la relación cercana que estaba en igualdad de condiciones con la relación consanguínea que tenían DIEGO ALEXANDER PINZON BUSTOS, BRAYAN ESTIVEN PINZON BUSTOS y MARYI YULIANA PINZON BUSTOS, en calidad de hijos biológicos del demandante principal, más aun cuando todos lo reconocen como descendiente; al respecto de este tema el Órgano de Cierre de lo Contencioso Administrativo⁴¹ dijo:

"En este punto de la providencia, resulta oportuno señalar que la familia no se conforma únicamente por vínculos naturales y jurídicos, sino que se extiende a los lazos de amor, solidaridad y convivencia, como por ejemplo, entre padre e hijos de crianza, tal y como ocurre en este caso.

En efecto, por vía testimonial se acreditó que Silverio Góngora Martínez ha tenido a Luis Alejandro, Miguel Ángel y Nelson Damián Acuña Sánchez como sus hijos, tanto así que han convivido en el mismo núcleo familiar durante aproximadamente 12 años, aunado al hecho de que dependen económicamente de él, quedando así claro el vínculo familiar y afectivo entre estos. De lo anterior da cuenta la declaración de la señora Magnolia Inés Aldana Martínez:

(...)

En conclusión, acreditado el vínculo familiar entre el directamente afectado y Luis Alejandro, Miguel Ángel y Nelson Damián Sánchez, queda claro que estos últimos cuentan con legitimación en la causa por activa, por manera que también resultan beneficiarios de la indemnización que, por perjuicios morales, les será reconocida a causa de la privación injusta de que fue víctima su padre de crianza.

Con fundamento en las máximas de la experiencia, resulta posible afirmar que la privación de la libertad que soportó el señor Silverio Góngora Martínez le causó un perjuicio moral que debe ser indemnizado, como quiera que es razonable asumir que un ciudadano al que se le afecta su libertad experimente sentimientos de angustia e impotencia por no poder determinar el rumbo de su vida, perjuicio que se hace extensivo a su compañera permanente y a sus hijos, quienes

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Sentencia de treinta (30) de marzo de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 73001-23-31-000-2009-00542-01(41054)

fu

se afectan por la situación de zozobra por la que atraviesa su ser querido". (Resaltos del juzgado)

Citada in extenso la postura, este despacho determina que en efecto con los medios de convicción atrás detallados en conjunto con las documentales vistas a folios 24 vto, 28, 30, 31, 32 y 33 del anexo 1 del cuadernillo penal, se demuestra la calidad de hijo de crianza del señor Holman Andrés Bustos Zamudio, y por lo tanto puede afirmarse que él también sufrió perjuicios morales con la privación injusta de la libertad de su ser querido, motivo por el cual será objeto de reparación, en cuantía de 100 SMMLV.

No obstante lo anterior, este despacho judicial no puede desconocer que la privación injusta de la libertad en el *sub judice*, se cumplió como ya se había referido en dos modalidades de medida de aseguramiento desde **el 22 de septiembre del 2012 hasta el 26 de abril del año 2013 en prisión intramural y desde el 27 de abril de 2013 hasta el 30 de enero del año 2015 en prisión domiciliaria.**

Lo anterior, resulta de vital importancia, pues este despacho acoge la tesis que basada en derecho, permite llegar a una reparación integral y justa por la privación de la libertad que determina la acción de reparación directa no como una fuente de enriquecimiento sin causa, por el contrario es un verdadero medio de control cuyo fin es reguardar y tratar de emendar, dentro de la racionalidad, el daño antijurídico sufrido por los demandantes.

En ese sentido, no hay duda de que toda persona sometida a una medida de aseguramiento que termine con fallo absolutorio o la investigación precluida tiene derecho a una reparación –siempre que no se demuestre un eximente–, sin embargo el monto indemnizatorio por perjuicios morales⁴², debe corresponder a la medida de afectación, en la medida que no sufre moralmente de igual manera una persona que ha conllevado una privación injusta de su libertad en establecimiento carcelario, a una que purgó total o en parte la medida de aseguramiento bajo prisión domiciliaria, por esto en el sub lite la indemnización a reconocer debe ser disminuida en **un treinta por ciento (30%)**, reducción que resulta válida tal como el mismo Consejo de Estado lo advirtió, al resolver un caso de similares contornos:

⁴² CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO sentencia de veintitrés (23) de octubre de dos mil diecisiete (2017) bajo Radicación número: 15001-23-31-000-2005-03247-01(53945) siendo Actor: HUGO JAIRO PÉREZ PONGUTA Y OTROS, y Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Con todo y, de nuevo, sin perjuicio de las particularidades propias de cada caso concreto, la Sala, para efectos de determinar el monto de los perjuicios morales en los eventos de privación injusta de la libertad, estima necesario tener en cuenta, tal como lo ha hecho de manera reiterada e invariable, algunos presupuestos o criterios que sirven de referente objetivo a la determinación de su arbitrio, con el fin de eliminar al máximo apreciaciones eminentemente subjetivas y garantizar así, de manera efectiva, el principio constitucional y a la vez derecho fundamental a la igualdad (artículos 13 y 209 C.P.), **propósito para cuya consecución se han utilizado, entre otros: i) el tiempo durante el cual se extendió la privación de la libertad; ii) las condiciones en las cuales se hizo efectiva la privación de la libertad, esto es, si se cumplió a través de reclusión en centro carcelario o detención domiciliaria; iii) la gravedad del delito por el cual fue investigado y/o acusado el sindicado; iv) la posición y prestigio social de quien fue privado de la libertad.(subrayado nuestro)**

308

“En cuanto al monto a pagar por el tiempo restante, la Sala acoge lo dispuesto por esta Subsección en la citada sentencia del 9 de marzo de 2016 y la complementa en el sentido de que a su juicio, el monto a indemnizar a una persona que fue víctima de una privación injusta de la libertad pero que estuvo recluida en su domicilio debe ser disminuido en un 30%, comoquiera que, si bien la detención domiciliaria limita derechos fundamentales es mayor la afectación cuando se recluye a una persona en un establecimiento carcelario, pues en este último caso se vulneran derechos tales como la intimidad, el trabajo, la educación, entre otros, a lo cual se suman las situaciones de angustia o intranquilidad que puede atravesar al convivir con otros reclusos, nada de lo cual ocurre con la detención domiciliaria ni con la privación jurídica de la libertad, pues no es lo mismo, sin duda, permanecer en la casa que en un centro de reclusión”⁴³.

En ese sentido se obtienen los siguientes valores por este concepto dado que el señor JAIRO PINZÓN FAJARDO estuvo privado de la libertad durante los siguientes tiempos:

- i)* En **centro carcelario**: del 22 de septiembre de 2012 al 26 de abril de 2013, esto es, 7 meses, y 4 días para un total de 216 días.
- ii)*
- iii)* En **detención domiciliaria**: del 27 de abril de 2013 al 30 de enero de 2015, es decir, 1 años, 9 meses, y 3 días, para un total de 644 días, indemnización a la cual debe hacerse la disminución del 30% atrás señalado.

En ese orden de ideas por el período de privación física en centro carcelario (7 meses, y 4 días) — le correspondería al demandante una indemnización del orden de los 70 s.m.l.m.v., a su vez por el lapso de la detención domiciliaria (1 años, 9 meses, y 3 días), la suma a reconocer sería la equivalente a 70 s.m.l.m.v descontando el 30% ya advertido, lo que daría un total de indemnización del 140 s.m.l.m.v, mismo valor que correspondería a los demás miembros del grupo familiar, no obstante, no resulta posible reconocer indemnización por encima de los topes señalados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, y en consecuencia a cada uno se reconocerá el máximo de 100 S.m.l.m.v. por perjuicios inmateriales.

Recapitulando se tiene lo siguiente:

NIVEL	DEMANDANTE	CALIDAD	INDEMNIZACIÓN
1º	JAIRO PINZON FAJARDO	victima directa	100 s.m.l.m.v
1º	DEYANIRA BUSTOS ZAMUDIO	compañera permanente	100 s.m.l.m.v
1º	DIEGO ALEXANDER PINZON BUSTOS	Hijo de la víctima	100 s.m.l.m.v

⁴³ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, SENTENCIA DEL 1 DE AGOSTO DE 2016, EXPEDIENTE 39.747, MAGISTRADO PONERTE: DR. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.

[Handwritten signature]

1º	BRAYAN ESTIVEN PINZON BUSTOS,	Hijo de la víctima	100 s.m.l.m.v
1º	MARYI YULIANA PINZON BUSTOS,	Hija de la víctima	100 s.m.l.m.v
1º	HOLMAN ANDRES BUSTOS ZAMUDIO,	Hijo de crianza la víctima	100 s.m.l.m.v
Total			600 SMMLV

Ahora, resulta necesario establecer los porcentajes a los que equivale la participación de las demandadas en la causación del daño antijurídico sufrido, tal como el órgano de cierre de la jurisdicción lo ha establecido bajo la figura de la concausalidad:

“(…) Recientemente esta Subsección emitió pronunciamiento en un caso con fundamentos fácticos similares al asunto examinado y concluyó que ante una privación injusta de la libertad materializada en el marco del sistema procesal penal actual, el fenómeno que se presenta frente a la determinación de limitar la libertad es el de la concausalidad o la confluencia de causas determinantes en la producción del daño. Al respecto esta Corporación⁴⁴ comentó:

Al respecto la Sala estima pertinente aclarar que si bien es cierto que el Juez de Garantías no estaba obligado a aceptar la solicitud de medida de aseguramiento elevada por la Fiscalía General de la Nación, esta circunstancia no es suficiente para negar el vínculo causal entre esta petición y la privación de la libertad.

Cierto es que la sola solicitud de la Fiscalía no basta para explicar, en el orden causal, la decisión del Juez de Garantías y por ende no se puede reputar causa suficiente de la privación de la libertad. Pero tampoco se puede desconocer que la actuación del Juez no explica, por sí sola la privación, en tanto y en cuanto está necesariamente condicionada a la existencia de la solicitud por parte del ente acusador e investigador. Sin intervención de la Fiscalía no hay lugar a la intervención del Juez, ni por lo tanto, se da la medida de aseguramiento. En el esquema del sistema penal acusatorio adoptado por la Ley 906 de 2004, la actuación del Juez nunca es oficiosa y por lo tanto no se explica en sí misma.

De lo anterior se colige que en el caso de las medidas de aseguramiento contempladas en el nuevo sistema procesal penal no es posible identificar una causa eficiente, de la que se pueda predicar la suficiencia. En efecto, la acción de la Fiscalía no produce efectos sin la

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 29 de febrero de 2016, exp. 38420, actor: Juan Carlos Tamayo Muñoz y otros. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

309

intervención del Juez de Garantías, ni éste puede intervenir si el ente acusador no lo faculta previamente presentando solicitud de legalización de la captura y la adopción de medida de aseguramiento. En otras palabras, en el modelo actual, la privación de la libertad se explica únicamente en términos de concausalidad. La actuación estatal que priva de la libertad es, pues, un acto estatal complejo que principia en la solicitud de la Fiscalía y concluye en la orden del Juez de Garantías. La actuación de la Fiscalía influye efectivamente en la determinación de la privación de la libertad. Es causalidad eficiente real, pero no absoluta.

28. La Sala reitera la argumentación anterior al considerar que en el caso concreto la decisión de privar de la libertad al accionante José Alcides García Aguilar se produjo con ocasión de la solicitud que presentó la Fiscalía General de la Nación al juez de control garantías que conoció del proceso penal surtido en contra del actor de manera primigenia, razón por la cual ambas demandadas tuvieron incidencia directa y necesaria en la causación del daño reclamado a través de la presente acción. Ahora, respecto a la proporción de participación de cada una de estas, se considera que cabe predicar mayor responsabilidad de la Rama Judicial que de la Fiscalía, pues la última carece del control definitivo sobre la decisión.

29. Por esta razón, se entiende que concurriendo la Fiscalía y la Rama Judicial en la causación del daño para el caso, esta Sala le atribuye un 40% a la primera, en tanto que a la Rama corresponde el 60%⁴⁵, siendo ambas responsables por la totalidad de la condena frente a los accionantes en cuanto al pago del monto de los perjuicios se refiere, y conjuntas una respecto de la otra, una vez el pago total haya sido realizado por alguna de ellas. En otros términos, si bien la parte actora puede exigirle el total de la condena a una de las dos demandadas, posterior al pago total, la entidad que satisfaga la obligación podrá exigir la proporción de la condena que a la otra le corresponda de acuerdo a la parte motiva de la presente providencia".⁴⁶

⁴⁵ *Ibídem*. "En todo caso, se ha de reconocer que, en tanto que al Juez de Garantía tiene la decisión final sobre la adopción de las medidas de aseguramiento y la carga de ponderar los argumentos de la Fiscalía sin que le sea lícito aceptar acríticamente toda solicitud que se le presente, cabe predicar una mayor responsabilidad de la Rama Judicial que de la Fiscalía, que carece del control definitivo sobre la decisión". Debe aclararse que en respeto de la vinculatoriedad del precedente y la igualdad, se acoge la tasación expuesta por la Sala en controversias anteriores.

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA, SUBSECCION B siendo Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH En sentencia de cinco (5) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), bajo la Radicación número: 73001-23-31-000-2010-00033-01(42611), siendo Actor: JOSÉ ALCIDES GARCÍA AGUILAR Y OTROS y Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL Y OTROS

fu

Así las cosas y en virtud de la cita jurisprudencial como quiera que las argumentaciones de la Fiscalía General de la Nación y la Rama son similares a las del *sub judice*, además que las circunstancias fáctica tratadas en el presente caso son semejantes a la del caso estudiado por la Alta Corporación pues se trata de diligencias penales propias de la dinámica del derecho sustancial y procesal penal de nuestro país, se mantendrán los porcentajes de responsabilidad por lo que a la RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL le corresponde el **sesenta por ciento (60%)** del total de la condena y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN se le atribuye el restante **cuarenta por ciento (40%)**, sin embargo, en voces del Consejo de Estado⁴⁷, las demandadas son solidariamente responsables *frente a los accionantes en cuanto al monto total de la condena se refiere. En otros términos, si bien los demandantes pueden exigirle el pago del total de las indemnizaciones a una de las dos demandadas, la entidad que satisfaga la obligación podrá exigir la proporción de la condena que a la otra le corresponda (...).*

6.2. La actualización de la condena.

Las sumas reconocidas en esta sentencia deberán ajustarse en su valor dando aplicación a lo dispuesto en el inciso final del artículo 187 del CPACA; en consecuencia:

El valor presente debe determinarse, multiplicando las sumas reconocidas al demandante, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

6.3. De la condena en costas.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Procedimiento Civil acogiendo un régimen objetivo tal como lo señaló la Sección Segunda del C.E. en sentencia de 7 de abril de 2016 dentro del exp. Radicado interno No. 1291-2014 con ponencia del Consejero William Hernández Gómez.

A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso, establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y dicha condena se hará en la sentencia, dicha condena está sujeta según el numeral 9º ídem, a que en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B, siendo Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH en sentencia veinticinco (25) mayo de dos mil diecisiete (2017), bajo Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00532-01(40166), siendo Actor: CÉSAR EDUARDO TAPIERO TAPIAS Y OTROS y Demandado: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

310

Se condenará entonces en costas procesales a la parte demandada por partes iguales a los extremos que la conforman.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Trece Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del daño, cumplimiento de un deber legal e inexistencia del nexo causal propuesta por la Fiscalía General de la Nación, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: Declarar administrativa y patrimonialmente responsables a la RAMA JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, en una proporción del **sesenta por ciento (60%)** a cargo de la RAMA JUDICIAL y un **cuarenta ciento (40%)** a cargo de la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, por los perjuicios materiales y morales infringidos a los demandantes con ocasión de la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor **JAIRO PINZÓN FAJARDO** desde el **22 de septiembre del 2012 hasta el 26 de abril del año 2013 en prisión intramural y desde el 27 de abril de 2013 hasta el 30 de enero del año 2015 en prisión domiciliaria**, conforme a la motivaciones expuestas.

Parágrafo: No obstante el porcentaje señalado, las demandadas responden ante los demandantes por el total de la condena, es decir que los demandantes pueden exigirle el pago del total de las indemnizaciones, a una de las dos demandadas, la entidad que satisfaga la obligación, podrá exigir la proporción de la condena que a la otra le corresponda.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior condenar a la RAMA JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar a título de indemnización a los demandantes de acuerdo con su concausalidad, las siguientes sumas:

a. POR DAÑOS MATERIALES

La suma de cuarenta y ocho millones seiscientos ocho mil cuatrocientos dieciséis pesos m/ cte **(\$48.608.416,00)**, como indemnización por lucro cesante consolidado.

b. POR DAÑOS MORALES.

El equivalente en dinero a los demandantes, conforme a la siguiente tabla:

[Handwritten signature]

NIVEL	DEMANDANTE	CALIDAD	INDEMNIZACIÓN
1º	JAIRO PINZON FAJARDO	victima directa	100 s.m.l.m.v
1º	DEYANIRA BUSTOS ZAMUDIO	compañera permanente	100 s.m.l.m.v
1º	DIEGO ALEXANDER PINZON BUSTOS	Hijo de la víctima	100 s.m.l.m.v
1º	BRAYAN ESTIVEN PINZON BUSTOS,	Hijo de la víctima	100 s.m.l.m.v
1º	MARYI YULIANA PINZON BUSTOS,	Hija de la víctima	100 s.m.l.m.v
1º	HOLMAN ANDRES BUSTOS ZAMUDIO,	Hijo de crianza la víctima	100 s.m.l.m.v
Total			600 SMMLV

CUARTO: Condenar a la RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a actualizar el valor de los dineros adeudados en términos del artículo 187 del CPACA, dando aplicación a la siguiente fórmula, que fue referida en la parte motiva de la decisión:

$$R = Rh * \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

QUINTO. Denegar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO. Condenar en costas y **por partes iguales** a la demandada, por secretaría liquídense, téngase en cuenta el trámite del artículo 366 del CGP.

SÉPTIMO.- Condenar a la RAMA JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro de los términos indicados en los artículos 192 y ss del CPACA.

OCTAVO.- En firme la sentencia, háganse las comunicaciones del caso para su cumplimiento y archívese el proceso previa anotación en el programa “Justicia Siglo XXI”. Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del depositante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente. De igual forma desde este momento se autoriza la expedición de las copias auténticas y digitales que soliciten las partes.

NOVENO.- En firme la sentencia y previo a su archivo, devuélvase el expediente penal No. 154696000119201200076 NO.I. 2012-00862 que fue allegado a estas diligencias en calidad de préstamo. Déjense las constancias y anotaciones que correspondan.

DÉCIMO: Conforme a lo dispuesto en el artículo 203 del CPACA, las partes deben ser notificadas, de igual manera se indica que contra la presente procede recurso de apelación en los términos y condiciones del artículo 247 de la misma obra.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


YUDI MIREYA SANCHEZ MURCIA
Jueza

 JUZGADO TRECE ADMINISTRATIVO DE DRALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA El presente auto se notificó por Estado Electrónico Nro. <u>4</u> Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, Hoy, <u>01 FEB 2019</u> siendo las 8:00 A.M.  ERIKA JANETH CARO CASALLAS Secretaria
--